

Eine reflexive Praxis für Juristen



Anstoß zur Reflexion über die praktische Rechtsanwendung

Ass. iur. Jens Prömse, LL. M. (UCL London)

K. M.

Gezielte und systematische Reflexion über das eigene Wirken in der Rolle als Rechtsanwender ist weder Gegenstand rechtswissenschaftlicher Diskurse noch Bestandteil der juristischen Ausbildungs- und Berufspraxis. Meine These lautet jedoch, dass eine gezielte, systematische und langfristige Reflexion zu (noch) besserer Rechtsanwendung führt. Daher befasse ich mich in dieser Arbeit damit, warum Juristen nicht systematisch reflektieren, warum dem nicht so sein sollte und wie Juristen sowie all diejenigen, die Juristen werden möchten, dies ändern können.

Dazu will ich gemeinsam mit Ihnen kritisch über die Tätigkeit der praktischen Rechtsanwendung nachdenken, Ihnen unkonventionelle, doch zur Reflexion erforderliche Sicht- und Denkweisen vorschlagen, den Umgang mit einem Reflexionsmedium empfehlen und schließlich mit Ihnen über meine Erkenntnisse aus meiner reflexiven Praxis spekulieren.

Eine reflexive Praxis für Juristen

—

Anstoß zur Reflexion über die praktische Rechtsanwendung

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität zu Köln

vorgelegt von

Jens Prömse

aus: Rheinbach

Inhaltsübersicht

Einleitung – 1

Erster Schritt: Über Reflexion reflektieren – 7

Momente reflexiver Einsicht

Warum nicht?

Kurz-Schluss

Potenziale

Nicht »Ob?« sondern »Wie?«

Zweiter Schritt: Über die praktische Rechtsanwendung nachdenken – 85

Vom Allgemeinen zum Besonderen

Das Recht: Werkzeug und Institution

Reale Zustände und praktische Auswirkungen

Dritter Schritt: Praktische Rechtsanwendung als subjektive Erfahrung begreifen – 105

Verfahren oder Erfahrung?

Von außen und von innen

Was Rechtsanwender tun

Die Elementaren Rahmenbedingungen des Geschehens der praktischen Rechtsanwendung

Vierter Schritt: Sich eine reflexive Praxis aneignen – 233

Ihre reflexive Praxis und mein Vorschlag

Leitideen

Die Geste der Reflexion

Eine systematische reflexive Praxis für Juristen

Fünfter Schritt: Weiterdenken – 325

Über die Liste hinaus

Eine Struktur der praktischen Rechtsanwendung

Eine eigene Vorstellung von guter Rechtsanwendung

Rechtsanwendung ist Sinngebung und Sinnvermittlung

Darauf kommt es an: Urteilstkraft

Abschluss und Auftakt – 405

Appendix – 409

Meine Liste

Bibliografie

Inhaltsverzeichnis

Nachwort

Raum für Notizen

Einleitung

Das Ziel meiner Arbeit ist, einen Anstoß zur Reflexion über die praktische Rechtsanwendung zu geben. Ein solcher Anstoß ist erforderlich, da langfristige, gezielte und systematische Reflexion über das professionelle Denken und Handeln weder Bestandteil der juristischen Ausbildung noch der beruflichen Praxis ist. Ich verfolge dieses Anliegen, da ich der festen Überzeugung bin, dass die Ausübung einer reflexiven Praxis *jeden* Rechtsanwender *besser* machen wird, und zwar unabhängig davon, wie *gut* er (schon) sein mag. Gleich, ob es sich um einen Rechtsanwalt am Anfang seiner beruflichen Laufbahn, eine routinierte vorsitzende Richterin am Landgericht oder einen Kandidaten auf das Referendarexamen handelt – sie alle können von einer reflexiven Praxis profitieren. Meine Arbeit richtet sich demnach ganz allgemein an Juristen und diejenigen, die Juristen werden möchten.¹

An erster Stelle richtet sich mein Text jedoch an *Sie*. Mit dem Lesen soll nämlich *Ihre* Reflexion über Ihr professionelles Wirken beginnen. Dazu werden wir uns in fünf Schritten in eine reflexive Praxis für Juristen hineindenken. Im ersten Schritt werden wir zunächst über Reflexion reflektieren und ich werde erläutern, inwiefern eine reflexive Praxis von diesem, etwas ungewöhnlichen Vorgehen abhängt. Im zweiten Schritt werden wir die Tätigkeit eingrenzen, über die wir letztlich reflektieren wollen und uns dazu eine allgemeine Vorstellung von *praktischer* Rechtsanwendung machen. Im dritten Schritt werde ich darlegen, dass Sie diese Tätigkeit nicht nur als ein Vorgehen zur Anwendung eines

¹ Eine Anmerkung zu meiner »nicht-geschlechtergerechten« Sprache: Ich beschränke mich hier grundsätzlich auf »den Juristen« oder »den Rechtsanwender«, ohne damit eine Diskriminierung zum Ausdruck bringen zu wollen. Der grammatikalisch-maskuline Terminus erhält bei mir den Vorzug, weil meiner Ansicht nach gezwungen geschlechtergerechte Sprache die Lesbarkeit stark beeinträchtigen kann, da sie häufig zu kognitiven Dissonanzen führt; was wiederum daran liegen mag, dass im deutschen Wortschatz das grammatikalische und das »natürliche« Geschlecht nicht deckungsgleich sind.

objektiven Verfahrens, sondern auch als die subjektive Erfahrung eines besonderen Geschehens begreifen können müssen, da zwingend erforderlich ist, um sinnvoll über Ihr professionelles Wirken reflektieren zu können. Im vierten Schritt werde ich Ihnen zeigen, wie Sie sich nicht nur eine reflexive Praxis, sondern darüber hinaus auch eine *systematische* reflexive Praxis aneignen können. Im fünften Schritt werden wir über meine Erkenntnisse aus meiner eigenen reflexiven Praxis spekulieren, da Sie hieraus interessante Denkansätze für Ihre weitere Reflexion gewinnen können. Der Abschluss soll schließlich der Auftakt zu Ihrer eigenen reflexive Praxis sein.

»Es fragt sich«², ob eine Darstellung, in welcher der Autor »ich« schreibt und den Leser direkt mit »Sie« anspricht und sich mit ihm unter Verwendung des »wir« verbündet, nicht eher als ein Essay qualifiziert werden müsse und schon daher nicht als eine (rechts-) wissenschaftliche Arbeit »durchgehen« könne. Ist nicht das oberste Gebot der Wissenschaftlichkeit die Objektivität? Heinz von Foerster schreibt zur Objektivität einer wissenschaftlichen Beobachtung:

Objektivität verlangt, dass die Eigenschaften des Beobachters nicht in die Beschreibung seiner Beobachtung eingehen dürfen. Diese Ächtung des Beobachtersubjekts wird offenkundig, wenn man einer wissenschaftlichen Fachzeitschrift einen Artikel zum Druck vorlegt, der einen Ausdruck wie »Ich beobachtete, dass ...« enthält. Der Herausgeber wird den Artikel zurückschicken, und zwar mit der Korrektur »Es kann beobachtet werden, dass ...« Ich behaupte, dass dieser Übergang vom »Ich« zum »Es« eine Strategie der Verantwortungsvermeidung ist: »Es« kann nicht verantwortlich gemacht werden, vor allem aber kann »Es« nicht beobachten.³

Eine reflexive Praxis ist notwendigerweise eine *persönliche* Übung, da sie stets den (Rück-) Bezug zum eigenen Selbst beinhaltet.⁴ Daher muss, wer sinnvoll über eine reflexive Praxis schreiben will, auch diesen Bezug

² Bitte sehen Sie mir diese polemische Formulierung nach. Sie demonstriert einfach zu schön, wie merkwürdig eine übertriebene Verobjektivierung eines Textes wirken kann.

³ Von Foerster, Wissen und Gewissen, 1993, S. 146.

⁴ Vgl. Bolton, Reflective Practice, 4th ed. (2014), S. 7. Wir werden uns noch vertieft damit auseinandersetzen.

zum Selbst analysieren. Meines Erachtens ist dies »objektiv« nicht möglich, da meine Eigenschaften als Beschreibender hier nicht nur in meine Beobachtung mit eingehen, sondern darüber hinaus sogar Gegenstand meiner Selbstbeobachtung sind. Reflektiere ich, geht es (zumindest auch) um mich. Daher schreibe *ich* auch grundsätzlich »ich« und nicht »es« oder »man«.⁵

Ferner muss derjenige, der sinnvoll über Reflexion nachdenken will, den Bezug zum Selbst nachvollziehen. Denn Reflexion ist ein Dialog mit sich selbst und den eigenen Gedanken. Daher habe ich diesen Text auch als eine Form von Reflexion gestaltet, welche dadurch vonstatten geht, dass Sie sich mit Ihren Gedanken zu meinen Ausführungen auseinandersetzen und sich fragen, was daraus für Sie und Ihr professionelles Wirken folgt. Aus diesem Grund spreche ich *Sie* direkt an, und zwar nicht bloß in Ihrer *Funktion* als Jurist, sondern als *Menschen*, der eine wichtige professionelle Tätigkeit ausübt.

Weil Reflexion eine persönliche Übung ist, kann es auch *die eine* reflexive Praxis nicht geben – des einen Nahrung ist des anderen Gift.⁶ Wie Ihre *eigene* reflexive Praxis aussehen mag, müssen Sie letztlich für sich selbst herausfinden und deshalb lässt sich meiner Ansicht nach nur auf die von mir gewählte Weise über sie schreiben. Dabei handelt es sich bei meinem Text um mehr als einen Essay, und zwar weil ich hier nicht nur neue Fragen aufwerfen und Probleme umreißen möchte, sondern Ihnen gleichzeitig auch Möglichkeiten aufzeigen werde, wie Sie sich mit diesen auseinandersetzen und zu einer eigenen Einschätzung gelangen können.

Da ich diese Arbeit als eine rechtswissenschaftliche Dissertation vorlege, bin ich dazu angehalten, sie einer rechtswissenschaftlichen Fachrichtung zuzuordnen. Diese Fachrichtung soll die *juristische Didaktik* sein, da es sich bei der von mir vorgeschlagenen reflexiven Praxis um einen Vor-

⁵ Neben der persönlichen Sprache werden Sie im Verlauf der Darstellung zudem auf einige grobe, gekritzelte Skizzen von mir stoßen. Diese Skizzen habe ich absichtlich so belassen, da sie Ausdruck meines Denkens sind und durch eine digitale Übersetzung entfremdet worden wären.

⁶ Sprichwort nach Titus Lucretius Carus; *Lukrez*, Von der Natur der Dinge, 1821 (erstmal ca. 50 v. Chr.), S. 173.

schlag handelt, wie die juristische (Selbst-) Bildung konstruktiv und auch systematisch ergänzt werden kann. Allerdings sollten Sie diese Arbeit nicht auf die juristische Didaktik reduzieren. Denn dieser Text soll Sie nicht nur dazu anregen, über juristische Didaktik nachzudenken, sondern über *Ihr* professionelles Wirken insgesamt. Das nämlich macht die Reflexion über praktische Rechtsanwendung aus.

Im Laufe der Darstellung werden wir daher auch eine Vielzahl von Fachrichtungen *streifen*, beispielsweise die Rechtstheorie, die Rechtsphilosophie oder die Rechtssoziologie; ich werde auch auf nicht-juristische Disziplinen, wie etwa die kognitive Psychologie, die Epistemologie, die Schreibdidaktik oder die Anthropologie Bezug nehmen. Angesichts dessen möchte ich schon an dieser Stelle ausdrücklich klarstellen, dass ich hier nicht beabsichtige, transdisziplinäre Forschung zu betreiben. Meine Arbeit soll keine erschöpfende Zusammenfassung und Kritik von Beiträgen unterschiedlichster Fachrichtungen sein. So habe ich beispielsweise die rechtsphilosophische Frage nach dem Wesen *guter* Rechtsanwendung nicht ausführlich erörtert, Meinungen erschöpfend dargestellt und schließlich eine klärende Auswertung erstellt. Vielmehr habe ich lediglich einen Ansatz ausgewählt, der mir einleuchtend und passend erschien. Was also die *gute* Rechtsanwendung betrifft, wird diese Vorgehensweise dem wissenschaftlichen Standard der Rechtsphilosophie nicht (annähernd) genügen können. Doch das ist nicht entscheidend, da ich Sie mit meinen Ausführungen lediglich zur Reflexion über *gute* Rechtsanwendung anregen will und nicht beabsichtige, die *gute* Rechtsanwendung allgemeingültig zu erklären.⁷ Daher beruht meine Darstellung auch im Wesentlichen auf Transfer, empirischen Beschreibungen und spekulativer Gedankenführung. Ich gehe *selektiv* vor, indem ich anführe, worauf meine Ausführungen aufbauen und was sie stützt, während ich gleichzeitig versuche, eventuelle Einwände vorwegzunehmen. Dementsprechend ist auch meine *Literaturauswahl* erfolgt. Da ich eine Makroperspektive auf die juristische Tätigkeit aufzeigen möchte, schreibe ich hier über eine Vielzahl an Themen, die eine Vielzahl anderer Autoren bereits ähnlich, erschöpfender oder abweichend erörtert hat. Es

⁷ In diesem Zusammenhang will ich darauf hinweisen, dass ich Sie aus diesem Grund im Verlauf der Darstellung noch häufig mit dem Begriff »gute Rechtsanwendung« konfrontieren werde, ohne mich festzulegen, was genau darunter zu verstehen ist.

mag daher vorkommen, dass Sie an mancher Stelle eine *Ihnen* geläufige Fundstelle und/oder weiterführende Verweise vermissen. Es würde mich wundern, wenn dem nicht so sein sollte. Denn trotz ernster Bemühungen, habe ich bestenfalls einen winzigen Bruchteil von dem gelesen, was sich mit dem Gegenstand meiner Darstellung in Verbindung bringen ließe. Und so sind die Quellenangaben in den Fußnoten des Textes in aller Regel *Fundstellennachweise* und nicht *Literaturhinweise*. Ich schreibe nicht, um zu zitieren, sondern zitiere, um zu schreiben und ich schreibe, um Ihnen etwas mitzuteilen. Sie dürfen dabei von mir erwarten, dass ich nach bestem Gewissen und unter Einhaltung wissenschaftlicher Grundprinzipien⁸ vorgegangen bin. Dabei habe ich versucht, eine *ansprechende, angemessene* und *nachvollziehbare* Literatúrauswahl zu treffen und dem Ursprung der verarbeiteten Gedanken mit angemessenem Aufwand so nah wie möglich zu kommen.

⁸ Um sicherzustellen, dass meine Arbeit Teil der (rechts-) wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit der juristischen Praxis wird, habe ich meiner Arbeit die Kriterien der Wissenschaftlichkeit von Umberto Eco zu Grunde gelegt: »Die Untersuchung behandelt einen erkennbaren Gegenstand, der so genau umrissen ist, dass er auch für Dritte erkennbar ist. [...] [Sie] muss über diesen Gegenstand Dinge sagen, die noch nicht gesagt worden sind, oder sie muss Dinge, die schon gesagt worden sind, aus einem neuen Blickwinkel sehen. [...] [Sie] muss für andere von Nutzen sein. [...] [Sie] muss jene Angaben enthalten, die es ermöglichen nachzuprüfen, ob ihre Hypothesen falsch oder richtig sind, sie muss also die Angaben enthalten, die es ermöglichen, die Auseinandersetzung in der wissenschaftlichen Öffentlichkeit fortzusetzen.« Eco, *Wie man eine wissenschaftliche Abschlußarbeit schreibt*, 13. Aufl. (2010), S. 40, 41, 42, und 44.

Erster Schritt

—

**Über
Reflexion
reflektieren**

Momente reflexiver Einsicht

Was machen wir, wenn wir das Recht anwenden? Wie verhalten wir uns, was denken wir dabei? Warum und wozu wenden wir das Recht an? Wie könnten oder gar sollten wir es idealerweise anwenden? Welche Unterschiede würde eine Anpassung unseres Denkens und Handelns für uns und für andere machen? Was müssten wir für eine Anpassung unternehmen? Was ist *gute* Rechtsanwendung? Wie kommen wir dazu?

Eine reflexive Praxis für Juristen lässt sich auf diese knappe, exemplarische Sammlung an Fragen reduzieren. Das Prinzip ist einfach. Man setze sich regelmäßig, gezielt und vertiefend mit diesen Fragen auseinander und versuche auf diese Weise zu Erkenntnissen zu gelangen, die man auf sich selbst und sein Wirken zurückbeziehen kann. Die Umsetzung dieser zunächst schlicht anmutenden Idee ist jedoch nicht annähernd so simpel, wie es scheint.

Zunächst will ich mit Ihnen zu einem gegenseitigen Einverständnis hinsichtlich des Bedeutungsgehalts der Begriffe Reflexion, Reflexivität und reflexive Praxis gelangen. Dabei soll es nicht um exakte Definitionen gehen. Vielmehr sollen Ihnen die verbleibenden Interpretationsmöglichkeiten eine hinreichende Flexibilität bei der persönlichen Annäherung an die von mir beschriebenen Praktiken gewährleisten.

Unter *Reflexion im weiteren Sinne* verstehe ich eine besondere Form des Nachdenkens, durch welche wir versuchen, aus einer inneren Beschäftigung mit Erfahrungen, Vorstellungen, Begriffen sowie Gefühls- und Willensregungen eine Erkenntnis beziehungsweise Direktive zu gewinnen.⁹

Reflexion im engeren Sinne ist das gezielte, prüfende Nachdenken über ein konkretes Geschehen in der Retrospektive¹⁰, welches sich nicht in einer bloßen Beschreibung dieses Geschehens erschöpft¹¹. Der Reflektie-

⁹ Schischkoff, Philosophisches Wörterbuch, 22. Aufl. (1991), »Reflexion«, S. 125.

¹⁰ Bolton, Reflective Practice, 4th ed. (2014), S. 7.

¹¹ Scaife, Supervising the Reflective Practitioner, 2010, S. 7.

rende interpretiert das Geschehen aus verschiedenen Blickwinkeln¹² und versucht, zu einem besseren Verständnis der Situation sowie seiner damit einhergehenden Denk- und Verhaltensweisen zu gelangen. So kann etwa eine Richterin am Amtsgericht über die Herstellung eines Urteils in einem bereits abgeschlossenen Nachbarschaftsstreit reflektieren. Dabei kann sie sich diesem Geschehen aus der eigenen Perspektive annähern und/oder aus der Perspektive der Adressaten oder sonstigen Beteiligten.

Reflexion im weiteren wie im engeren Sinne ist eng mit der Eigenschaft der *Reflexivität* verknüpft. Dabei handelt es sich um eine intellektuelle Fähigkeit, die es uns ermöglicht, Einsichten auf uns selbst rückbeziehen zu können. Wir verfügen über Strategien, unser Wissen, unsere Einstellungen, unsere angewandten Theorien, unsere Wertvorstellungen, unsere Vorurteile, unser Weltbild und unsere Wahrnehmung in Frage zu stellen.¹³ Die Amtsrichterin aus dem obigen Beispiel verfügt demnach über die Eigenschaft der Reflexivität, wenn sie dazu in der Lage ist, ihr zurückliegendes Vorgehen bei der Herstellung des Urteils kritisch zu beurteilen, dementsprechend ihre eigenen Eigenschaften in Frage zu stellen und diese schließlich an die so gewonnenen Einsichten anzupassen. Das setzt eine Reflexion voraus, durch die sie ihr Wissen sowie die Informationen, welche ihrem Denken, Handeln, Fühlen und Urteilen zu Grunde liegen, artikulieren und mithin analysieren kann.

Reflektieren wir, gelangen wir bestenfalls zu *Momenten reflexiver Einsicht*. Dabei handelt es sich um Momente, in denen wir eine Erkenntnis generieren, die wir auf uns selbst zurückbeziehen und dadurch zu einer Anpassung unserer Denk- und/oder Verhaltensweisen motiviert werden. Damit gehen Momente reflexiver Einsicht über eine einfache Erkenntnis (»Aha-Moment«) hinaus. So kann beispielsweise ein Examenskandidat durch Reflexion zu der Erkenntnis gelangen, dass *seine* schlechten Probeklausurergebnisse auf *seiner* Schwäche im Umgang mit dem Gutachtenstil beruhen und so zu dem Entschluss gelangen, dass *er* von nun an dieser Schwäche arbeiten wird. Er denkt nicht bloß: »So macht man das also mit dem Gutachtenstil!«, sondern vielmehr sieht er ein: »*Ich* muss den Gutachtenstil *anders* anwenden, *weil* ich es besser

¹² Bolton, *Reflective Practice*, 4th ed. (2014), S. 7; Scaife, *Supervising the Reflective Practitioner*, 2010, S. 7.

¹³ Vgl. Bolton, a. a. O., S. 7.

machen *will!*« Solche Momente reflexiver Einsicht sind wertvoll, da sie den Reflektierenden als Subjekt berühren. Sie sind positiv, denn sie beinhalten eine Ahnung davon, dass und wie es besser werden kann. Auf diese Weise erzeugen sie Offenheit, Motivation zur Anpassung und Neugier.

Unter einer *reflexiven Praxis* verstehe ich eine Routine, die darauf ausgerichtet ist, die kostbaren und nur schwer greifbaren Momente reflexiver Einsicht zu provozieren.¹⁴ Wird die Übung der Reflexion zu einer Praxis, heißt das, dass wir sie regelmäßig, gezielt und in irgendeiner Form systematisch durchführen. Wir widmen ihr bewusst Zeit und Aufmerksamkeit. Eine reflexive Praxis ist dann eine Art persönliches Ritual und Ausdruck einer besonderen Geisteshaltung gegenüber unserer professionellen Rolle als Rechtsanwender. Zwar gibt es viele Modelle oder Theorien zu reflexiven Prozessen,¹⁵ jedoch kann es keine allgemeingültige Formel für eine gelungene reflexive Praxis geben, weil diese notwendigerweise eine *persönliche* Übung ist. Eine innere Auseinandersetzung mit Gedanken, Ideen und Erfahrungen, reflexiv, also auf sich selbst bezogen, das ist das Wesen der Reflexion. Die Reduzierung auf eine allgemeine Formel steht diesem Wesen entgegen, da die persönliche Übung auf das Individuelle und nicht das Allgemeine ausgerichtet ist.

Trotzdem schlage ich Ihnen mit der *systematischen reflexiven Praxis* einen strukturierte und methodische Vorgehensweise regelmäßiger und gezielter Reflexion vor. Sie ist speziell auf die Analyse und Optimierung

¹⁴ Der Begriff »reflexive Praxis« ist freilich keine Schöpfung meinerseits, sondern beschreibt vielmehr eine besondere Art der gezielten Auseinandersetzung mit dem eigenen Denken und Wirken, die von vielen und auf vielfältige Art und Weise beschrieben worden ist, vgl. nur Bolton, *Reflective Practice*, 4th ed. (2014), Scaife, *Supervising the Reflective Practitioner*, 2010. In beiden Werken finden Sie weitere, umfassende Literaturhinweise. Meiner Ansicht nach reicht die Lektüre von Boltons »Reflective Practice« jedoch vollkommen aus, um eine Vorstellung davon zu erhalten, was eine reflexive Praxis ausmachen kann. Mich hat die Lektüre ihrer Ausführungen jedenfalls dazu angeregt, den Begriff hier so zu verwenden, wie ich es tue. Ich verzichte daher auch bewusst auf die Einbindung weiterführender Quellen. Schließlich will ich hier nicht den Begriff diskutieren, sondern eine eigene, spezifische reflexive Praxis für Juristen vorschlagen. Aufgrund der Allgemeinheit des Begriffes »reflexive Praxis« will ich ihn zudem keinem bestimmten Autor zurechnen. Zur weiteren Bedeutung des englischen Begriffes »reflective practice« lesen Sie bitte weiter im Fließtext.

¹⁵ Vgl. Bolton, *Reflective Practice*, 4th ed. (2014), S 45 m. w. Nw.

von juristischen Arbeits- und Denkweisen zugschnitten. Doch bleibt es im Hinblick auf die Subjektivität reflexiver Praktiken bei einem Vorschlag. Meine *systematische* reflexive Praxis soll Ihnen daher als Ausgangspunkt für Ihre eigene *systematische* reflexive Praxis über die praktische Rechtsanwendung dienen.

An dieser Stelle weise ich noch darauf hin, was *keine* reflexive Praxis darstellt. Wer einem verkündeten Fehlurteil in Gedanken nachhängt oder eine Lagebesprechung mit seinen Anwaltskollegen führt, mag zwar über sein Handeln reflektieren, übt jedoch keine reflexive Praxis aus. Gleiches gilt für die Besprechung einer Fallbearbeitung oder Probeklausur in der Ausbildung. Einer reflexiven Praxis liegen nämlich *langfristige* Zielvorstellungen zu Grunde; bei der von mir beschriebenen reflexiven Praxis zur Rechtsanwendung sind solche unter anderem die Entwicklung und Ausprägung der persönlichen Urteilkraft sowie eine Annäherung an die *gute* Rechtsanwendung. Derartige Ziele gehen weit über die Erkenntnisse hinaus, die durch das Nachdenken über einen Einzelfall gewonnen werden können.

Ferner möchte ich noch begriffliche Missverständnisse vermeiden und deshalb kurz auf die Ursprünge der systematischen Reflexion über professionelles Wirken eingehen. Ausgangspunkt der meinen Überlegungen zu Grunde gelegten angloamerikanischen Literatur war die grundlegende Abhandlung »How we think« von John Dewey¹⁶. In dieser erklärt Dewey das reflexive Denken (»reflective thinking«) zur wichtigsten Form des Denkens. Ihm zufolge umfasst das reflexive Denken die Suche nach neuen Fakten, Tatsachen oder Schlussfolgerungen als eine Reaktion auf die Konfrontation mit einer perplexen Situation.¹⁷ Reflexives Denken ist für Dewey demnach ein intellektuelles Werkzeug der Problemlösung:

Given a difficulty, the next step is suggestion of some way out – the formation of some tentative plan or project, the entertaining of some theory which will account for the peculiarities in question, the consideration of some solution for the problem. [...] If the suggestion that occurs is at once accepted, we have un-

¹⁶ Dewey, How we Think, reprint 1997 (1st ed., 1910).

¹⁷ Dewey, a. a. O., S. 9.

critical thinking, the minimum of reflection. To turn the thing over in mind, to reflect, means to hunt for additional evidence, for new data, that will develop the suggestion, and will either, as we say, bear it out or else making obvious its absurdity and irrelevance. [...] Reflective thinking, in short, means judgement suspended during further inquiry; and suspense is likely to be somewhat painful. [...] To maintain the state of doubt and to carry on systematic and protracted inquiry – these are the essentials of thinking.¹⁸

Ausgehend von Dewey entwickelte Donald S. Schön ein neues Verständnis vom reflektierenden Fachmann. In seiner wichtigsten Monographie, »The Reflective Practitioner«, führte er unter anderem die Begriffe »reflective practice« und »reflection-in-action« ein. Dabei ist zu beachten, dass Schöns Begriff »reflective practice« etwas völlig anderes bezeichnet, als die reflexive Praxis als Gegenstand dieser Arbeit. Vielmehr muss »practice« in Schöns Kontext als »praktizieren« verstanden werden,¹⁹ denn ihm ging es nicht um eine Anleitung zur retrospektiven Reflexion über das eigene Denken und Handeln.²⁰ Seine Ausführungen

¹⁸ Dewey, *How we Think*, reprint 1997 (1st ed., 1910), S. 12 f. Meine Übersetzung lautet: »Im Angesicht einer Schwierigkeit ist der nächste Schritt die Eingebung eines Ausweges – die Ausbildung eines vorläufigen Plans oder Vorhabens, die Herleitung einer Theorie, welche die Eigenheiten der Situation zur erklären versucht, die Überlegung zu einer möglichen Lösung des Problems. [...] Wird diese Eingebung ohne Weiteres akzeptiert, haben wir es mit einer Form des unkritischen Denkens zu tun, einem Minimum der Reflexion. Jedoch sich die Sache im Kopf hin und her zu wenden, zu reflektieren, heißt, nach weiteren Hinweisen und Anhaltspunkten Ausschau zu halten, nach neuen Daten, welche die Eingebung (fort-)entwickeln, und sie schließlich entweder bestätigen oder ihre Absurdität und Irrelevanz hervorkehren. [...] Kurz, reflexives Denken bedeutet, Bewertungen während der Suche nach neuen Lösungen zurückzustellen; diese Zurückstellung ist in gewisser Weise schmerzhaft. [...] Den Zweifel zu bewahren und systematische sowie verzögerte Nachforschungen anzustellen – das sind die essenziellen Elemente des Denkens.«

¹⁹ Schön, *The Reflective Practitioner*, 1983, S. 60: »The word ›practice‹ is ambiguous. When we speak of a lawyer's practice, we mean the kinds of things he does, the kinds of clients he has, the range of cases he is called upon to handle. When we speak of someone practicing the piano, however, we mean the repetitive or experimental activity by which he tries to increase his proficiency on the instrument. In the first sense, ›practice‹ refers to performance in a range of professional situations. In the second, it refers to preparation for performance.«

²⁰ Rolfe, *Nurse Education Today*, Vol. 34 (2014), 1179; bei Donald S. Schön kann man es unter anderem an nachfolgender Stelle nachvollziehen: Schön, *The Reflective Practitioner*, 1983, S. 49 ff.; auf S. 61 f. verwendet er die Reflexion über das Fachwissen lediglich zur

waren eine Kritik an der allgemeinen Wahrnehmung fachlicher Tätigkeiten, als Anwendung standardisierter Lösungsmuster auf vorliegende Probleme. Sie müssen mit Blick auf den Kontext einer Identitätskrise der akademisch ausgebildeten Fachkräfte in den Vereinigten Staaten der 1980er Jahre interpretiert werden. Schöns Arbeiten zielten insofern darauf ab, das Praktizieren der beruflichen Praxis im Umgang mit unsicheren, unbekannten Situationen neu zu beschreiben und auf diese Weise die professionelle Bildung zu verbessern.²¹ Hierzu entwickelte er das Konzept »reflection-in-action«: *Während* der Ausübung ihrer Tätigkeit denken Fachkräfte über ihre Handlungen nach und entwickeln dadurch zeitgleich ihre, sich an die Situation anpassenden und gleichzeitig die Situation formenden Handlungsstrategien.²² Hierbei handelt es sich um eine besondere Form der Sinngebung *während* der eigentlichen Tätigkeit, nicht jedoch um ein gezieltes und bewusstes Nachdenken *über* die Art und Weise sowie die Implikationen des eigenen Denken und Handelns.

Verdeutlichung des Konzeptes »reflecting-in-practice«: »Practitioners do reflect on their knowing-in-practice. Sometimes, in the relative tranquility of a postmortem, they think back on a project they have undertaken, a situation they have lived through, and they explore the understandings they have brought to their handling of the case. They may do this in a mood of idle speculation, or in a deliberate effort to prepare themselves for future cases. But they may also reflect on practice while they are in midst of it. Here they reflect-in-action, but the meaning of this term needs now to be considered in terms of the complexity of knowing-in-practice.«

²¹ Siehe insbesondere Schön, *Educating the Reflective Practitioner*, (1987); zum Anlesen: Schön, *Clinical Law Review*, Vol. 2, 1995-1996, 231 (247ff.).

²² Schön, *The Reflective Practitioner*, 1983, S. 56, wobei das Konzept sehr an Deweys Verständnis vom reflexiven Denken erinnert. Vgl. hierzu: Dewey, *How we Think*, 1997 (1st ed., 1910), S. 9 ff.

Warum nicht?

In diesem Abschnitt möchte ich mit Ihnen über die Frage nachdenken, warum gezielte, systematische Reflexion bisher noch nicht fester Bestandteil *Ihrer* persönlichen professionellen Tätigkeit ist. Ziel der nachfolgenden Überlegungen ist, für Sie die Voraussetzungen für einen Moment der reflexiven Einsicht zu schaffen, eine Einsicht, die sich auf die Wirkungsweise sowie den Nutzen von Reflexion, Reflexivität und einer reflexive Praxis bezieht. *Sie* sollen bestenfalls zu dem Schluss gelangen, dass Reflexion etwas ist, was *Sie* persönlich und professionell bereichern wird und dass *Sie* sich daher auf eine vertiefende und persönliche Auseinandersetzung mit der Thematik einlassen werden. Ich beabsichtige somit, Sie zur Reflexion über die Reflexion anzuregen. Denn es braucht einen Moment der reflexiven Einsicht Ihrerseits, damit es uns gelingt, das Dilemma einer reflexiven Praxis für Juristen zu überwinden. Dieses Dilemma besteht darin, dass eine reflexive Praxis ohne Reflexion über Reflexion und die reflexive Praxis nicht möglich ist.

Reflexion ist notwendigerweise eine persönliche Übung: Wer reflektiert, denkt über *sich*, *seine* Erfahrungen, *seine* Ansichten und *seine* Ideen nach. Ohne Subjekt und Subjektivität kann es keine Reflexion geben. Reflexion ist eine autonome Tätigkeit und als solche von einem inneren Antrieb abhängig. Denn Reflexion ist eine Form des bewussten analytischen Denkens, welches auf einer Meta-Ebene stattfindet, also dahinter oder *darüber*. Reflektieren wir, denken wir *über* uns, *über* unsere Erfahrungen, Ansichten und Ideen nach. Wollen wir reflektieren, müssen wir daher *sowohl* Beobachter *als auch* Beobachteter sein können. Man ist dann gewissermaßen Schauspieler und Regisseur – und das gleichzeitig. Daher ist gezielte und nutzbringende Reflexion auch nichts, was nebenbei geschehen kann, sondern eine Denkweise, die Konzentration und Aufmerksamkeit erfordert. Sie nimmt kognitive Ressourcen in Anspruch und kostet Kraft. Somit ist sie eine besondere Form des Denkens, sozusagen eine Spezialität, die wir nur dann einsetzen, wenn wir uns zu ihr

veranlasst sehen. Ohne diese Veranlassung, ohne diesen inneren Antrieb findet eine bewusste und gezielte Reflexion nicht statt.²³

Ein solcher Antrieb mag zwar durch externe Ereignisse, Reize oder Erwartungen ausgelöst werden, er bleibt jedoch stets ein innerer. Häufig ist es negatives Feedback, welches den Antrieb zur Reflexion im Einzelfall liefern kann. Zum Beispiel kann die Erkenntnis, einen gewichtigen Fehler gemacht zu haben, dazu führen, dass wir unser Vorgehen hinterfragen und aus dieser Auseinandersetzung Schlüsse ziehen, welche schließlich in einer Verhaltensänderung münden. Stellen wir uns etwa vor, dass das Urteil der bereits angesprochenen Richterin am Amtsgericht in der Berufungsinstanz aufgrund erheblicher methodischer Mängel der Beweiswürdigung zerrissen wird. Bestenfalls wird sie diese negative Erfahrung dazu anregen, über ihre allgemeine Vorgehensweise bei der Würdigung von Beweisen zu reflektieren und schließlich die Einsicht generieren, dass Sie Ihr professionelles Denken und Verhalten verbessern muss. Solche negativen Erlebnisse *können* den Impuls zur Reflexion hervorrufen, zwingend ist dies jedoch nicht. Man denke nur an all die Examenskandidaten, die in der Staatsprüfung scheitern. Ein häufige Reaktion auf ein erstes Scheitern ist der Vorsatz, mehr zu lernen, nicht jedoch die ernsthafte Auseinandersetzung mit der Frage, ob man das Richtige richtig gelernt hat und unter Umständen *anders* lernen müsste, um bessere Leistungen zeigen zu können. Es wird deutlich, dass der innere Antrieb zur Reflexion eng an die Bereitschaft gekoppelt ist, sich selbst in Frage zu stellen, das eigene Verhalten und Denken kritisch zu sehen. Fehlt diese Bereitschaft, ist der innere Antrieb zur Reflexion gewissermaßen blockiert. Eine Reflexion findet nicht statt, obschon sie eigentlich erforderlich und letztendlich förderlich wäre.

²³ Es gibt freilich flüchtigere Formen des reflexiven Denkens, die unwillkürlich auftreten, häufig ausgelöst durch Überraschung, Perplexität oder Unmut. Bei Dunlosky und Metcalfe findet sich etwa das Beispiel einer Studentin, die in ihrem Studentenzimmer über einem Lehrbuch brütet und dabei von ihrer Mitbewohnerin gestört wird. Verschiedene Denkprozesse über das Lernen und ihre kognitive Aktivität werdend dadurch angeregt. Sie stellt etwa fest, dass Sie sich nicht konzentrieren kann, sie eine neue Lernumgebung braucht, ihre Lernplanung überdenken muss und dass Sie nicht verstanden hat, was sie in der letzten Stunde gelesen hat. Alles metacognitive Vorgänge, die man als Reflexion bezeichnen könnte, allerdings nicht in dem Sinne, wie ich sie hier verstehe; vgl. *Dunlosky/Metcalfe, Metacognition, 2001, S. 1 ff.*

Der innere Antrieb zur Reflexion lässt sich damit, stark vereinfacht, an zwei Arten von Ausgangssituationen anknüpfen. Da wären zunächst missliche Situationen, in denen wir den letzten und einzigen Ausweg darin sehen, uns grundlegend mit uns selbst und unserer Tätigkeit auseinanderzusetzen. Ferner solche Situationen, in welchen wir der Reflexion einen zusätzlichen, individuellen und konkreten Nutzen zumessen und derart gewichten, dass die mit ihr einhergehenden Anforderungen bereitwillig annehmen. Diese Ausgangssituationen haben etwas gemeinsam: Sie gehen mit einem besonderen Eigeninteresse einher. Dieses Eigeninteresse kann Integritätsinteresse oder Affektionsinteresse sein. Entweder ist es darauf ausgerichtet, uns vor Schaden und Nachteilen zu bewahren oder darauf, unsere Neugier zu befriedigen, unser Wohlergehen zu steigern und uns Freude zu verschaffen. Der innere Antrieb zur Reflexion beruht mithin auf einem besonderen Eigeninteresse.

Hier offenbart sich der Ursprung des Dilemmas einer reflexiven Praxis für Juristen: Sofern Sie sich nicht in einer derartigen Situation befinden, werden Sie sich nicht zur Reflexion veranlasst sehen. Sie werden nicht gezielt, systematisch und schon gar nicht langfristig reflektieren, weil Sie kein Eigeninteresse daran haben. Ihr innerer Antrieb ist daher blockiert oder fehlt gar vollständig. Da ich hoffe, dass Sie sich nicht in einer für Sie aussichtslosen Lage befinden und auch nicht möchte, dass Sie in eine solche gelangen, gehe ich davon aus, dass es Ihr innerer Antrieb zur Reflexion erst dann entstehen kann, wenn Sie ein Eigeninteresse an ihr entwickeln. Dies wird der Fall sein, wenn Sie die konkret-individuelle Bereicherung von Reflexion und einer reflexiven Praxis für sich herausfinden. Dafür müssen Sie allerdings über eine reflexive Praxis reflektieren ...

Für mich, der den Anstoß zu einer reflexiven Praxis geben möchte, wirkt sich dieses Dilemma dahingehend aus, dass es nichts bringt, wenn *ich* Ihnen sage, dass Sie reflektieren müssen. Dieses Vorgehen ist zum Scheitern verurteilt, denn dieser externe Impuls meinerseits ruft mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit keinen inneren Antrieb zur Reflexion Ihrerseits hervor und damit wäre dann auch das Ziel meiner Arbeit verfehlt. Entscheidend ist nämlich, dass *Sie* eingehend darüber nachdenken, was Reflexion für *Sie* bedeuten kann, was *Sie* dafür tun müssen und warum *Sie* daran glauben, dass es sich lohnt und funktio-

nieren wird. So zu denken heißt, über die Reflexion und eine reflexive Praxis zu reflektieren. Aufgrund dessen sehe ich auch davon ab, Sie dazu aufzufordern, sich auf eine reflexive Praxis einzulassen, es auszuprobieren, sich mit der Plausibilität meiner Ausführungen zu begnügen und meinem Ansatz einen Vertrauensvorschuss zu geben. Vielmehr will ich Ihnen nur eine Frage stellen, welche Sie ehrlich und wohl begründet für sich selbst beantworten sollten. Sie lautet:

Warum kommt eine reflexive Praxis für Sie *nicht* in Betracht?

Bitte versuchen Sie zunächst eine Antwort auf diese Frage zu artikulieren bevor Sie weiterlesen, mindestens in Gedanken, besser ausgesprochen, bestenfalls niedergeschrieben. Lesen Sie zumindest den nachfolgenden Abschnitt bitte auch dann noch, wenn Sie zu der sicheren Ansicht gelangt sind, dass eine vertiefende Auseinandersetzung mit einer reflexive Praxis für Sie keinen Sinn ergibt.

Kurz-Schluss

Ich mache mir nichts vor. Ich selbst überlese häufig die Aufforderungen eines Autors, ohne mir eigene Gedanken zu machen, Fragen zu beantworten oder Aufgaben zu lösen, bevor ich weiterlese. Bestenfalls haben Sie sich im Anschluss an den vorangegangenen Abschnitt eine Meinung gebildet. Unter Umständen haben Sie die Frage auch nur flüchtig zur Kenntnis genommen und dabei ein Vor-Urteil gefällt. Wenn Sie einer reflexiven Praxis offen und neugierig gegenüberstehen, ist das zwar ein Anfang, jedoch erfordert eine reflexive Praxis mehr als bloßes Interesse und Neugier. Wie wir gesehen haben, brauchen wir ein besonderes Eigeninteresse, einen darauf aufbauenden inneren Antrieb zur Reflexion und die Bereitschaft, uns mit uns selbst auseinanderzusetzen. Dieses Eigeninteresse, diesen Antrieb und diese Bereitschaft kann ich nicht voraussetzen, wenn ich Sie – mehr oder weniger aus heiterem Himmel – zur Reflexion über die praktische Rechtsanwendung anregen möchte. Daher gehe ich hier davon aus, dass Sie eine reflexive Praxis für sich *nicht ernsthaft* in Betracht ziehen. Sie sind eventuell interessiert, sich aber sicher, dass Sie es selbst nicht umzusetzen werden, weil ...

Die Krux ist nun, dass es mir nicht gelingen wird, Sie umzustimmen. Der Einzige, dem dies nachhaltig gelingen kann, sind Sie. Denn *nur Sie* können die von mir geäußerten Ansichten und Erkenntnisse *auf sich selbst* beziehen. Dieser Prozess geht weit über die bloße Vermittlung von Inhalten meinerseits hinaus. So weit müssen wir jedoch gehen. Denn nur dann ist es möglich, dass Sie ihre bisherige Meinung reflexiven Praxis in Zweifel ziehen und ein Eigeninteresse entwickeln. Nachfolgend will ich mit Ihnen darüber nachdenken, weshalb ich davon ausgehe, dass Sie eher dazu geneigt sein werden, sich nicht ernsthaft auf eine reflexive Praxis einzulassen. Ich werde Ihnen dazu zunächst die Fakten aufzeigen, die gegen eine solche Auseinandersetzung sprechen können und dann mit Ihnen über die Interpretation dieser Fakten spekulieren. Wir werden sehen, dass Fakten und Interpretation derart beschaffen sind, dass man in aller Regel unbewusst und unwillkürlich zu dem Kurz-Schluss gelangen wird, eine reflexive Praxis *für sich nicht ernsthaft* in Betracht zu ziehen. Eine reflexive und konkrete Auseinandersetzung mit der Frage »Warum nicht?« findet tatsächlich gar nicht erst statt.

Selbst wenn Sie bis zu diesem Punkt keinerlei Vorbehalte gegenüber einer reflexiven Praxis haben und dazu bereit sind, sich voll und ganz auf Sie einzulassen, sollten Sie die folgenden Ausführungen überdenken. Denn aus dem Umstand, dass eine reflexive Praxis auf Dauer angelegt ist, folgt, dass Sie sich auch *dauerhaft* auf sie einlassen müssen. Ist Ihnen bewusst, was gegen eine reflexive Praxis spricht, werden Sie angemessen mit sich möglicherweise einschleichenden Zweifeln und der aus ihnen folgenden Antriebslosigkeit umgehen können.

Die Fakten

Gelingt es mir nicht, eine nachvollziehbare, plausible und anregende Darstellung zu gewährleisten oder wenn die Art der Darstellung Sie ablenkt oder gar stört, dann kann Ihre vertiefende Auseinandersetzung mit einer reflexiven Praxis schon hieran scheitern. Somit ist mein Text das Erste, was Ihrer reflexiven Praxis entgegenstehen kann. Das wäre enttäuschend für mich, nicht unbedingt tragisch für Sie, da es nicht ausgeschlossen ist, dass Sie in Zukunft auch auf andere Art und Weise zur langfristigen Reflexion über Ihr professionelles Wirken angeregt werden. Ich bin von dem enormen Potenzial einer reflexiven Praxis für sämtliche Rechtsanwender und für die Rechtspflege fest überzeugt. Daher bin ich mir sicher, dass sich diese Idee auch dann durchsetzen wird, wenn ich es nicht fertiggebracht habe, sie angemessen zu artikulieren. Ein anderer mag dies besorgen.

Aber auch ein anderer wird seine Schwierigkeiten damit haben, denn Reflexion ist ein persönliches und autonomes Unternehmen. Daher ist nicht nur die konkrete Ausgestaltung, sondern auch der jeweiligen Nutzen einer reflexiven Praxis so individuell, wie es auch der Reflektierende ist. Es zeigt sich eine weitere Ausprägung des oben angesprochenen Dilemmas einer reflexiven Praxis für Juristen: Um den individuellen Nutzen einer reflexiven Praxis feststellen zu können, muss man reflektieren. Ihr Nutzen ist daher nicht offenkundig, bleibt vielmehr zunächst verborgen. Eine reflexive Praxis ist auf den ersten Blick nicht attraktiv. Sie kommt gar ein wenig abschreckend daher. Denn im Gegensatz zu Ihrem konkreten Nutzen, sind die mit ihr einhergehenden Anforderung ohne

Weiteres ersichtlich: Sie ist mit Aufwendungen und persönlichem Einsatz verbunden. Das spricht gegen sie, weil sie damit nicht nur auf den ersten Blick unattraktiv ist, sondern sogar noch voraussetzt, dass man sich auf sie einlässt, Zeit und Mühe investiert, um schließlich ihre Vorzüge kennenlernen zu können. Die Antwort auf die Frage »Warum nicht?« scheint schnell gefunden.

Reflexion über die praktische Rechtsanwendung ist eine anspruchsvolle Denkweise, die einem auf Anhieb nicht leicht fällt. Zunächst einmal ist es ungewohnt, sich aus einer subjektiven Perspektiven der Rechtsanwendung anzunähern.²⁴ Wie ich noch näher ausführen werde, stellt es aufgrund unserer Bildung und unseres professionellen Selbstverständnisses anfangs eine Herausforderung dar, Rechtsanwendung nicht nur als ein objektives Verfahren, sondern auch als eine subjektive Erfahrung zu begreifen. Ferner ist der Gegenstand der Reflexion nicht von einfacher Beschaffenheit. Versuchen Sie zu artikulieren, *was* Sie eigentlich während der praktischen Rechtsanwendung *tun* und *denken*, werden Sie feststellen, dass Sie es mit einer hochkomplexen, nicht abschließend beschreibbaren Tätigkeit zu tun haben.²⁵ Hinzu kommt, dass wir nicht genau wissen, was wir alles wissen.²⁶ Dies gilt insbesondere dann, wenn es sich um Wissen handelt, welches *in* unseren Handlungen liegt. Hierzu schreibt Donald S. Schön:

Often we cannot say what it is that we know. When we try to describe it we find ourselves at a loss or we produce descriptions that are obviously inappropriate. Our knowing is ordinarily tacit, implicit in our patterns of action and in our feel for the stuff with which we are dealing. It seems right to say that our knowing is in our action.²⁷

²⁴ Vgl. Argyris/Schön, *Theory in Practice*, 1974, S. 38.

²⁵ Vgl. Argyris/Schön, a. a. O., S. 7 ff.

²⁶ Novak/Gowin, *Learning how to Learn*, 23rd ed. (2008), S. 10.

²⁷ Schön, *The Reflective Practitioner*, 1983, S. 49. Meine Übersetzung lautet: »Oftmals sind wir nicht in der Lage zu sagen, was wir eigentlich wissen. Wenn wir uns an einer Beschreibung versuchen, kommen wir oft nicht weit oder produzieren offensichtlich Unzutreffendes. Unser Wissen ist gewöhnlich still, implizit in unseren Verhaltensmustern und in unserem Gespür für die Dinge, mit denen wir uns auseinandersetzen. Es scheint zutreffend zu sagen, dass unser Wissen in unserer Handlung liegt.«

Ein Beispiel für solch stilles Wissen, welches *in*²⁸ einer Handlung liegt, bietet etwa folgende Situation: Eine Rechtsanwältin erhält eine E-Mail von einem Mandanten mit einer Rechtsfrage. Es handelt sich um eine Frage zu dem der Anwältin wohl vertrauten Fachbereich des Kaufrechts. Ohne zu zögern geht sie zu dem Bücherregal in ihrem Büro und zieht ohne darüber nachzudenken einen Kommentar hervor und schlägt zielstrebig eine bestimmte Seite auf. Wie viel Wissen allein *in* der Geste des zielstrebigem Aufschlagen einer Seite stecken muss, wird offenbar, wenn man sich einen juristischen Laien in der gleichen Ausgangslage vorstellt. Wer nicht weiß, dass Vorschriften zum Verbraucherrecht im BGB geregelt sind, wird erst recht nicht die einschlägige Kommentierung zu § 474 BGB aufschlagen können (einmal abgesehen von der Tatsache, dass dem juristischen Laien zudem das Institut des Verbrauchsgüterkaufs fremd sein dürfte). Diesem Wissen auf den Grund zu gehen, ist jedoch nicht einfach und erfordert Mühe und Neugier.

Desweiteren nehmen Reflexion und insbesondere eine reflexive Praxis Zeit und Ruhe in Anspruch. Reflexion und die sie konstituierenden Tätigkeiten, also Denken, Lesen und Schreiben, sind zwangsläufig zeitaufwendig. Darüber hinaus ist eine reflexive Praxis langfristig, bestenfalls dauerhaft, angelegt. Denn Wissen, Fertigkeiten, Urteilskraft, Erfahrung und Routinen sind individuelle Eigenschaften, welche nicht ohne Weiteres umgestellt werden können, sondern vielmehr auf lange Sicht *angepasst* werden müssen. Erfahrung müssen gemacht, Fakten gesammelt, Einschätzungen gebildet, Methoden angeeignet, Know-how erarbeitet und Zusammenhänge verstanden werden. Reflexion führt auf diese Weise zu einer Veränderung der Bedeutung von Erleben und Erfahrung.²⁹ Hierzu erfordert eine reflexive Praxis jedoch nicht bloß Zeit, sondern Zeit mit sich *allein*. Nicht verbunden, die Kommunikation eingestellt, keine Ablenkungen, kein Multitasking. Denken Sie darüber nach, wann Sie das letzte Mal im professionellen Kontext so ihre Zeit

²⁸ Vgl. Schön, *The Reflective Practitioner*, 1983, S. 49 ff.; ders., *Educating the Reflective Practitioner*, (1987), S. 22 ff. Zum Wissen in das sich durch eine Handlung zeigt: Polanyi, *The Tacit Dimension*, reprint 2009 (1st ed., 1966), S. 4 ff.

²⁹ Vgl. Novak/Gowin, *Learning how to Learn*, 23rd ed. (2008), S. IX. Novak und Gowin sprechen davon, dass Lernprozesse im Wesentlichen auf die Änderung von Verhaltensweisen hinauslaufen.

verbracht haben. Ich kann mir sehr gut vorstellen, wie professionelle Rechtsanwender und Examenskandidaten nun abwinken, mit dem Kopf schütteln und denken: »Zeit für mich? Allein? Um über meine Arbeit nachzusinnen? Das ist unmöglich! Das kann nur jemand schreiben, der überhaupt keine Vorstellung davon hat, welchen Anforderungen ich in der Realität gerecht werden muss.« In Zeiten, in denen wir stets beschäftigt, laufend online und immer erreichbar sind, erscheint mein Vorschlag wie ein Anachronismus. Zeit ist für uns eine Ressource, die es maximal effizient und effektiv auszufüllen gilt; und sei es bloß mit belangloser Kommunikation.³⁰

Reflexion und mithin eine reflexive Praxis erfordern ferner, dass man *selbst* und *eigenständig* denkt.³¹ Dazu muss man sich eine eigene Meinung sowie eigene Ansichten zutrauen und sich selbst Ernst nehmen. Damit einher geht ein gesundes Maß an Skepsis gegenüber dem, was andere sagen und schreiben. Ich weiß, dass sich dies so leicht liest, wie es sich schreibt, doch kann ich die Wichtigkeit dieser Voraussetzung einer reflexiven Praxis nicht genug betonen. Im Umgang mit an der reflexiven Praxis Interessierten musste ich nämlich immer wieder feststellen, dass eine konstruktive Reflexion häufig am fehlenden Mut scheiterte, selbst zu denken und eine eigene Meinung dazu zu entwickeln, was *gute* Rechtsanwendung sein könnte.

Selbst zu denken ist nicht genug. Zur sinnvollen Reflexion ist darüber hinaus erforderlich, dass man auch dazu bereit ist, *selbstkritisch* zu denken, sich Vorurteile, Schwächen und Fehler einzugestehen. Zwar reflektiert man auch darüber, was gut läuft und funktioniert, aber dennoch ist wesentlicher Bestandteil einer reflexiven Praxis, sich offensiv mit eigenen Defiziten auseinanderzusetzen oder sich die Frage zu stellen, ob es nicht (noch) besser ginge. Dabei ist die Selbstkritik positiv zu halten, das heißt sie darf nicht dahingehend ausfallen, sich selbst herabzusetzen, die

³⁰ Sherry Turkle schreibt hierzu: »We deny ourselves the benefits of solitude because we see the time it requires as a resource to exploit. Instead of using time alone to think (or not think), we think of filling it with digital communication.« *Turkle, Reclaiming Conversations*, 2015, S. 66.

³¹ Hierzu hat mir Friedhelm Hufens Aufsatz »Selbst Denken – Ein Grundprinzip für Staat und Studium« einen persönlichen Moment reflexiver Einsicht ermöglicht; *Hufen*, JuS 2013, 1-6.

eigenen Fähigkeiten gar als kläglich wahrzunehmen. Es geht um einen gemäßigten Idealismus und damit um die Einstellung, dass es besser gehen könnte und sollte. Daraus folgt wiederum, dass selbstkritisches Denken nicht zwingend erhebliche Defizite voraussetzt oder auf Perfektion ausgerichtet ist. Wir werden uns noch eingehend mit dem Ideal und Maßstab einer reflexiven Praxis auseinandersetzen, doch an dieser Stelle möchte ich das Ziel einer reflexiven Praxis bereits vorwegnehmen: Es geht letztlich darum, ein *besserer* Rechtsanwender zu werden, egal wie gut oder schlecht der Einzelne meint zu sein. Mir ist durchaus bewusst, dass manch einer diese ideelle Zielvorgabe als Affront versteht, abwinkt und sich denkt: »Besser werden? *Gute* Rechtsanwendung? Glaubst du etwa, ich würde meinen Job nicht anständig machen? Mag ja sein, dass andere Probleme und Defizite haben, *bei mir* ist aber grundsätzlich alles so, wie es sein muss. Ich bin schon *gut*, perfekt ist schließlich niemand und ich bin zufrieden mit mir und meinen Ergebnissen.«

Nichts liegt mir ferner, als die Qualität Ihres professionellen Wirkens in Frage zu stellen. Eine meiner Grundannahmen ist vielmehr, dass der überwiegende Teil der Rechtsanwender in aller Regel *gute* Arbeit leistet und ich denke, dass die Institution des Rechts Erstaunliches leistet; aller Widrigkeiten zum Trotz. Doch denke ich auch, dass selbst diejenigen, die als nahezu perfekte Rechtsanwender bezeichnet werden können, in besonderer Weise auf eine reflexive Praxis angewiesen sein können. Denn wer überwiegend erfolgreich praktiziert und nur selten Rückschläge erlebt, läuft Gefahr, nicht mehr aus seinen Fehlern und Erfahrung zu lernen; Chris Argyris warnt vor den negativen Auswirkungen:

Put simply, because many professionals are almost always successful at what they do, they rarely experience failure. And because they have rarely failed, they have never learned how to learn from failure. So whenever their [...] learning strategies go wrong, they become defensive, screen out criticism, and put the »blame« on anyone and everyone but themselves. In short, their ability to learn shuts down precisely at the moment they need it the most.³²

³² Argyris, Teaching Smart People how to Learn, 2008, S. 4. Meine Übersetzung lautet: »Einfach ausgedrückt: Da viele Fachkräfte fast immer erfolgreich sind mit dem was sie tun, erleben sie nur selten Misserfolge. Daher haben sie auch nie gelernt, wie man aus Misserfolgen lernt. Immer wenn ihre Lernstrategien scheitern, führt dieser Umstand dazu, dass sie eine Abwehrhaltung einnehmen, Kritik ausblenden und die Schuld jedem, außer sich

Insofern sollte, wer auch auf allerhöchstem Leistungsniveau *gut* sein will, dazu in der Lage sein, seine eigenen Handlungstheorien und -strategien zu überprüfen und einen offenen Umgang mit Fehlern und Schwächen zu pflegen – schließlich wiegen Fehler und Unvermögen um so schwerer, je höher das Niveau ist, auf welchem man sich befindet oder bestenfalls sein möchte.

Zu guter Letzt setzt eine reflexive Praxis voraus, dass man in Kauf nimmt, seine Leistungsfähigkeit zeitweilig herabzusetzen. Nehmen wir an, Sie stellen im Rahmen der Reflexion einige Ihrer berufsalltäglichen Handlungsrouninen in Frage und kommen zu dem Schluss, dass diese Routinen erheblich verbessert werden könnten und angesichts des in Aussicht stehenden Nutzens einer Verhaltensanpassung entsteht bei Ihnen schließlich die Motivation zur Anpassung Ihres Verhaltens. Diese Anpassung setzt nun nicht bloß Aufwendung hinsichtlich der konkreten Verhaltensanpassung voraus (so etwa die Recherche nach besseren Strategien oder die wiederholte Einübung von Denk- und Handlungsschritten). Vielmehr ist auch erforderlich, dass Sie akzeptieren, dass eine Verhaltensanpassung in aller Regel mit kurz- oder mittelfristigen Nachteilen einhergeht. Brechen Sie mit Gewohnheiten und Handlungsrouninen, fallen deren erleichternden Wirkungen weg.³³ Ferner erfordern neue, noch ungewohnte Vorgehensweisen mehr Aufmerksamkeit und Bedacht. Eventuell versuchen Sie gar Ihr Wirken auf ein qualitativ höheres Level zu bringen, was mit weiterer Erhöhung kognitiven Aufwandes einhergeht.³⁴ In der Folge werden Ihre Leistungen aller Voraussicht nach

selbst, zuweisen. Kurz, ihre Fähigkeit zu lernen versagt genau in dem Moment, wenn sie am dringendsten benötigt wird.«

³³ Zum Beispiel habe ich im Verlauf meiner praktischen Ausbildung festgestellt, dass meine Vorgehensweise zur Erfassung eines Sachverhaltes stark verbesserungswürdig war. Ich kam zu der Einschätzung, dass dieser Arbeitsschritt entscheidende Auswirkungen auf die Qualität meiner Arbeit hatte und entwickelte so den Antrieb, hier meine Vorgehensweise anzupassen. Ich fing an, mit meinen bisherigen Gewohnheiten zu brechen, Markierungen und Notizen zu standardisieren. Allerdings verschlechterten sich meine Leistungen im konkreten Anwendungsfall zunächst, da ich zunächst einen wesentlichen Teil meiner Aufmerksamkeit auf die Vorgehensweisen an sich richten musste und daher inhaltliche Aspekte schnell zu kurz gerieten.

³⁴ Ein Beispiel hierfür wäre ein Rechtsreferendar, der bessere Tatbestände verfassen möchte und sich zu diesem Zweck neue Techniken zur Herstellung eines Aktenauszuges

schlechter. Die Übergangsphase einer Verhaltensanpassung geht daher nicht unmittelbar mit einer Leistungssteigerung einher sondern vielmehr mit ihrem Gegenteil. Daraus folgt, dass wer sich signifikant verbessern möchte, sich zunächst darauf einlassen muss, sich zeitweilig zu verschlechtern.³⁵

Die Interpretation

Die vorab beschriebenen Fakten, die gegen eine reflexive Praxis sprechen, sind von erheblichem Gewicht. Leider müssen wir uns mit ihnen arrangieren, denn das macht Fakten aus, es handelt sich um unumgängliche Tatsachen. Entscheidend ist daher, wie Sie diese Fakten interpretieren und wie viel Gewicht Sie ihnen beimessen, wenn Sie sich Ihre Antwort auf die Frage »Warum nicht?« geben. Nun könnte man meinen, es läge an mir, Ihnen eine vorteilhafte Interpretation dieser Fakten anzubieten und Ihnen den überragenden Nutzen einer reflexiven Praxis anzupreisen. Vergessen Sie in diesem Zusammenhang für einen Augenblick das Dilemma einer reflexiven Praxis für Juristen und seine Auswirkungen. Nehmen wir vielmehr an, ich könnte Sie tatsächlich ohne Weiteres vom konkreten Nutzen der reflexiven Praxis überzeugen. Würden wir nun Nutzen und Kosten gegeneinander abwägen, müsste

sowie zur Gliederung von Texten aneignet. Zunächst werden die Techniken selbst ihm während seiner Praxis- und Klausurarbeit Aufmerksamkeit und Konzentration abverlangen. Er wird zudem anfangs durch die Auseinandersetzung mit seiner Arbeitsweise während des Arbeitens von der eigentlichen Arbeit abgelenkt werden und tendenziell mehr Fehler machen als zuvor. Doch sobald die neuen Arbeitstechniken greifen und hinreichend erprobt sind, werden sich die ursprünglich beabsichtigten Vorteile einstellen und der Referendar wird tatsächlich in der Lage sein, im selben Zeitraum wie zuvor, *bessere* Tatbestände zu verfassen.

³⁵ In diesem Zusammenhang schreibt Josh Waitzkin unter Bezugnahme auf William Chen von »investment in loss«, er führt aufschlussreiche Beispiele aus dem Sport an. Möchte ein Sportler in einer höheren Liga bestehen, muss er zunächst mit Anpassungsschwierigkeiten zu recht kommen. Er kann nicht davon ausgehen, ähnlich dominant zu spielen, wie zuvor in einer niedrigeren Liga. Will er sich verbessern, muss er an seinen Schwächen arbeiten, dabei aber auch in Kauf nehmen, dass über diese Übergangsphase seine Stärken in Mitleidenschaft gezogen werden. Vgl. Waitzkin, *The Art of Learning*, S. 107 und 112 f.

doch gelten, dass Sie beschließen werden, sich auf eine reflexive Praxis einzulassen, sobald der Nutzen die Kosten signifikant übersteigt – oder?

Gewohnheit und Wohlbefinden

Gehen wir davon aus, Sie erfahren von einer medizinischen Studie über die positive Auswirkungen des kalten Duschens. Mitunter sollen eineinhalb Minuten kaltes Wasser pro Duschvorgang zur Stimmungssteigerung sowie zur Förderung des Immunsystems beitragen können. Sie werden neugierig und lesen daher auch den wissenschaftlichen Fachartikel.³⁶ So gelangen Sie zu der Überzeugung, dass kaltes Duschen etwas ist, was sich für Sie lohnen könnte. Denn der Nutzen des kalten Duschens ist im Hinblick auf den damit verbundenen tatsächlichen Aufwand immens; so leicht lässt es sich gesünder leben. Doch wie schwer fällt Ihnen das tägliche kalte Duschen für ein bis zwei Minuten? Sofern Sie es nicht gewöhnt sind kalt zu duschen, wird es zur wahren Herausforderung werden, Ihre Duschgewohnheiten umzustellen. Und selbst wenn Sie es schaffen, sich mehrere Wochen am Riemen zu reißen und Sie sich regelmäßig unter dem kühlen Nass erschauern lassen, heißt das noch lange nicht, dass Sie ihre Gewohnheit, ausschließlich warm zu duschen, ablegen können. Probieren Sie es aus. Es ist erstaunlich, mit wie viel Mühe eine derart schlichte Verhaltensanpassung verbunden sein kann.³⁷ Das Beispiel des kalten Duschens veranschaulicht noch einen weiteren Aspekt von aufwendig herzustellenden und nur schwer abzuändernden Routinen sowie Gewohnheiten. Es ist – wie auch eine reflexive Praxis – eine Routine, deren Nutzen und Wert sich erst dadurch einstellt, dass eine grundsätzlich unangenehme oder mühsame Handlung regelmäßig und über einen längeren Zeitraum hinweg vorgenommen

³⁶ Buijze/Sierevelt/van der Heijden/Dijkgraaf/Frings-Dresen, PLoS ONE, Vol. 11 No. 9 (2016), 1-15.

³⁷ Freilich mag es sein, dass Sie – aus welchen Gründen auch immer – mit dieser Verhaltensanpassung keine Schwierigkeiten haben werden. Versuchen Sie es dann mit einer anderen »Kleinigkeit« wie etwa einem sieben-minütigem Gymnastikprogramm nach dem Aufstehen oder dem Herauslegen der Kleidung für den nächsten Tag vor dem Zubettgehen.

wird. Es ist keine große Herausforderung ein oder zwei Mal kalt zu duschen. Jedoch bleibt bei einmaligem kalten Duschen auch der erhoffte Effekt der geförderten Gesundheit aus. Erst wenn wir über eine gewisse Dauer wiederholt kalt duschen, werden sich diese Effekte einstellen. Die Routine besteht also darin, dass wir uns regelmäßig überwinden.

Sich eine reflexive Praxis anzueignen, ist eine autonome langfristige Anpassung Ihres Verhaltens und Denkens. Wie auch das kalte Duschen ist eine reflexive Praxis mit einigen Unannehmlichkeiten verbunden, die langfristig regelmäßig in Kauf genommen werden müssen. Allerdings erfordert die Verhaltensänderung hin zur reflexiven Praxis wesentlich mehr Einsatz und Mühe, als die Anpassung unserer Wassertemperaturvorlieben. Jedoch zeigt das Beispiel, wie unsere Gewohnheiten und Routinen sowie das an sie gekoppelte Wohlbefinden uns daran hindern, unser Verhalten beliebig und nachhaltig anzupassen. Entscheidend ist, dass dies selbst dann der Fall ist, wenn wir die Idee, die in uns den Impuls zur Verhaltensänderung ausgelöst hat, als nützlich und erstrebenswert ansehen. Man könnte diesen Umstand nun als menschliche Schwäche oder Bequemlichkeit interpretieren und sich selbst daher für unzulänglich halten. Allerdings kann man es auch anders sehen. Routinen und Gewohnheiten dienen uns nämlich auch dazu, unseren Alltag mit möglichst wenig kognitivem wie tatsächlichem Aufwand zu bewältigen. Wenn wir jeden morgen nach dem Aufstehen duschen, müssen wir uns nicht mehr fragen, wann denn ein guter Zeitpunkt dafür sein könnte. Wir denken nicht mehr groß darüber nach, wir müssen uns nicht mehr so stark überwinden. So helfen uns Routinen und Gewohnheiten, unser Leben angenehmer zu machen, auch wenn sie nicht perfekt sein mögen. Eine heiße Dusche steigert – insbesondere im Winter – unser Wohlbefinden, auch wenn die kalte Dusche aus medizinischer Sicht mehr Sinn ergeben mag. Routinen und Gewohnheiten erfüllen somit wichtige Funktionen und daher macht es auch Sinn, wenn sie nicht ohne Weiteres abgelegt werden können. Denn legt man sie ab, führt dies in aller Regel zu erhöhtem kognitiven wie tatsächlichem Aufwand. Nicht nur, dass wir in Situationen, in denen sie vorher gegriffen haben, mehr denken und anders handeln müssen, darüber hinaus kostet die Aneignung neuer Routinen und Gewohnheiten ebenfalls Zeit und Mühe. Selbstkontrolle und Disziplin sind vonnöten. Dabei gilt, dass nicht nur die spezifischen Tätigkeiten,

wie etwa das kalte Duschen oder das reflexive Denken, uns Anstrengung, Selbstkontrolle und Disziplin abverlangen, sondern zudem die Herstellung und Aufrechterhaltung der Routine selbst.³⁸ Ein wenig Überwindung bleibt stets erforderlich. Daher ist es plausibel, dass wir uns derartige Routinen und Gewohnheit nicht ohne Weiteres aneignen und bestehende Routinen und Gewohnheiten auch dann noch bewahren, wenn sie sich in bestimmter Hinsicht nicht optimal oder sogar schlecht für uns auswirken. Schließlich beruht ihre Funktionalität insgesamt darauf, dass sie reibungslos ablaufen und robust ausgebildet sind. Werden Routinen und Gewohnheiten ständig zur Disposition gestellt, entfällt die Erleichterung, die sich eigentlich durch sie einstellen soll.

Sich eine reflexive Praxis anzueignen umfasst, dass reflexives Denken zur Gewohnheit wird und ferner dass wir die bestehenden Gewohnheiten und Routinen unseres professionellen Wirkens in Frage stellen. Unsere Neigung, kognitiven und tatsächlichen Aufwand durch Routinen und Gewohnheiten zu einzusparen und diese Einsparungsmechanismen zu konservieren, ist somit im Hinblick auf die Frage »Warum nicht?« gleich doppelt relevant. Es kann sein, dass Sie die Möglichkeit, sich näher mit einer reflexiven Praxis auseinanderzusetzen schon allein deshalb nicht ohne Weiteres wahrnehmen werden, weil sie Ihnen als neue Routine Aufwand, Selbstkontrolle und Disziplin abfordern würde, und ferner, weil Sie grundsätzlich nicht geneigt sind, ihre bisherigen Routinen und Gewohnheiten zur Disposition zu stellen. Entscheidend ist, dass diese Tendenz zu einem Kurz-Schluss führen kann, der das Wissen um den potentiellen Nutzen schlicht übergeht. Ein vertrautes Phänomen: Wir wissen doch alle, dass Sport gesund ist, Lesen bildet, Alkohol schädlich und ausreichend Schlaf erholsam ist – und dennoch ...

³⁸ Dies gilt wiederum nicht für (schlechte) Gewohnheiten, die unmittelbar erhebliche positive Reize und Erfahrungen mit sich bringen, wie etwa der Konsum von Genussmitteln. So ist es beispielsweise aufgrund der physiologischen wie psychologischen Abhängigkeit nicht weiter schwierig, die Angewohnheit zu Rauchen aufrechtzuerhalten. Die Annehmlichkeit liegt hier in der Handlung selbst und nicht in der Routine.

ES SIND NICHT nur unsere Routinen und Gewohnheiten, die einer Auseinandersetzung mit einer reflexiven Praxis entgegenstehen können. Ferner kann es unser Hang dazu sein, Ideen und Informationen, die von unserem Wissen und unseren Ansichten abweichen, weniger Gewicht beizumessen, als solchen, die eher mit unseren Vorstellungen in Einklang gebracht werden können.³⁹ Das klingt zunächst nach Einfalt, doch handelt es sich um eine nützliche psychologische Veranlagung.⁴⁰ Sie dient als Informationsfilter, der uns überhaupt erst ermöglicht zu einer halbwegs stabilen Sinnvorstellung von uns selbst und unserer Umwelt zu gelangen. Wir setzen uns leichter mit dem auseinander, was uns vertraut ist, versuchen, für uns wichtige Ansichten und Überzeugungen lieber zu bestätigen als zu widerlegen. Ideen, die wir an uns heranlassen, sind daher eher solche, die uns ansprechen, uns in dem unterstützen, was wir sind, was wir sein wollen. Wir vertrauen uns selbst.

Freilich hat diese Eigenschaft auch Ihre Kehrseite. Sie begünstigt den Kurz-Schluss, sich nicht mit einer reflexiven Praxis zu befassen, weil eine solche nicht zu dem Verständnis davon passt, wie man seine professionelle Entwicklung gestalten sollte und welche Anforderungen eine Tätigkeit als Rechtsanwender mit sich bringt. »Reflexion ist doch nichts Juristisches.«, »Rechtsanwendung ist ein objektives Verfahren, welches umzusetzen ist. Dazu braucht es keine Reflexion.« oder »Reflexion ist etwas Spiritistisches, etwas Softes, kein Hardskill der Juristerei.« So kann allein der Umstand, dass eine reflexive Praxis nicht akzeptierter und fester Bestandteil unserer Ausbildungs- und Arbeitskultur ist, dazu führen, dass dies auch so bleibt.

Eine weitere Vor-Einstellung, die Ihre Antwort auf die Frage »Warum nicht?« beeinflussen kann, ist unsere grundlegende Tendenz dazu, unsere Motivation und unser geistiges Wohlbefinden aufrechtzuerhalten.⁴¹ Daher lassen wir uns auf Ideen und Informationen, welche Motivation

³⁹ Siehe hierzu: *Golman/Hagmann/Loewenstein*, *Journal of Economic Literature*, Vol. 55 No. 1 (2017), 96 (101 f.) m. w. Nw., *Bonaccio/Dalal*, *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, Vol. 101 (2006), 127 (129) m. w. Nw.

⁴⁰ Vgl. *Golman/Hagmann/Loewenstein*, a. a. O., 96 (98 f.)

⁴¹ *Golman/Hagmann/Loewenstein*, a. a. O., 96 (110 ff., 129).

und Wohlbefinden beeinträchtigen könnten, wenn überhaupt nur widerwillig ein. Darüber hinaus gehen wir bisweilen sogar dazu über, möglicherweise beeinträchtigende Informationen aktiv zu vermeiden:⁴² Man schaut nicht auf die Entwicklung seines Aktienportfolios, obwohl der Markt gerade einbricht⁴³ oder man holt seine mit drei Punkten bewertete Anfängerklausur im Bürgerlichen Recht nicht ab, weil man sich nicht der niederschmetternden Erkenntnis aussetzen will, dass man schlechte Entscheidungen getroffen oder gar versagt habe. Ungeachtet dessen, dass diese Informationen großen Nutzen haben könnten,⁴⁴ werden sie gemieden, denn die mit ihnen einhergehenden Erkenntnisse sind zunächst einmal Gift für Wohlbefinden und Motivation.

Auch dieser psychologische Mechanismus hat seinen Sinn. Denn unser Wohlbefinden macht unser Leben lebenswert und unsere Motivation ist ausschlaggebend dafür, dass wir danach streben, dass es auch lebenswert bleibt. Da nicht immer alles funktionieren oder so laufen kann, wie wir es wünschen, müssen wir auch negative Zustände und Empfindungen über gewisse Zeiträume aushalten können. Dazu müssen wir sicherstellen, dass unser Wohlbefinden und unsere Motivation nicht ohne Weiteres von negativen Informationen beeinträchtigt werden.

Allerdings kann diese Neigung dazu führen, dass Sie sich nicht auf eine reflexive Praxis einlassen, weil sie erfordert, dass Sie zunächst einmal Ihre Motivation und auch Ihr Wohlbefinden möglichen Beeinträchtigungen aussetzen. Daher können Sie zu dem unwillkürlichen Kurzschluss gelangen, eine reflexive Praxis zu meiden, ungeachtet der Erkenntnis, dass Ihnen ein möglicher Nutzen höchst willkommen wäre.

Eine besondere Erscheinungsform unserer Neigung, Ideen und Informationen zu vermeiden, welche unser Wohlbefinden und unsere Motivation beeinträchtigen könnten, ist die Tendenz, Überzeugungen, in die wir erhebliche Aufwendungen investiert haben, nicht in Frage zu stel-

⁴² Hierzu insgesamt: *Golman/Hagmann/Loewenstein*, *Journal of Economic Literature*, Vol. 55 No. 1 (2017), 96-135. Eine äußerst lesenswerte Auswertung der Literatur zu diesem Thema.

⁴³ Dieses Beispiel stammt von *Golman/Hagmann/Loewenstein*, a. a. O., 96 (97).

⁴⁴ Vgl. *Golman/Hagmann/Loewenstein*, a. a. O., 96 (110 f.)

len.⁴⁵ Das ist insofern sinnvoll, als dass derartige Überzeugungen, die wir mit großem zeitlichen, wirtschaftlichem und tatsächlichem Einsatz fördern, es uns ermöglichen, langfristige und ungewisse Ziele anzustreben und schließlich auch zu erreichen.

Allem Nutzen zum Trotz, kann Sie diese Neigung zu dem Kurz-Schluss führen, sich schon deshalb nicht auf eine reflexive Praxis einzulassen, weil Sie die Herausforderungen und Probleme der Ausbildungs- und Berufspraxis bis dato auf eine Weise bewältigt haben, die Ihnen erhebliche Aufwendungen in zeitlicher und tatsächlicher Hinsicht abverlangt hat. Eine reflexive Praxis ist *anders* als Ihre bisherige Art der Auseinandersetzung mit Ihrem professionellen Wirken und scheint damit nicht nur Ihre Herangehensweise, sondern auch Ihr Investment in diese Herangehensweise in Frage zu stellen.⁴⁶ Die Möglichkeit, dass Sie klüger investieren könnten, werden Sie in diesem Fall durch den beschriebenen psychologischen Mechanismus unwillkürlich übergehen.

Ihre Zeit

Die exemplarische Aufzählung psychologischer Mechanismen und Tendenzen im vorangegangenen Abschnitt sollte aufzeigen, dass wir dazu neigen, das, was für eine reflexive Praxis spricht, zu übergehen. Es reicht dazu aus, dass Einwände vorhanden sind. Auf ihre Qualität kommt es nicht entscheidend an. Wir werden folglich zu Kurz-Schlüssen verleitet. Es gilt dabei, dass die Qualität eines Einwandes auch die Widerstandsfähigkeit des jeweiligen Kurz-Schlusses bestimmt. Sofern Sie zu der Überzeugung gelangen, dass sich Ihre Gewohnheiten verbessern und Ihr Wohlbefinden steigern wird, werden auch die oben geschilderten psy-

⁴⁵ Golman/Hagmann/Loewenstein, *Journal of Economic Literature*, Vol. 55 No. 1 (2017), 96 (113). Golman et al. verwenden als Beispiel für solche »Belief Investments« einen Katholiken, der häufig in die Kirche geht, eine erhebliche Menge an sie spendet und schließlich viel Mühe aufwendet, um der katholischen Doktrin gerecht zu werden.

⁴⁶ Dem ist übrigens nicht so: Mein Vorschlag einer reflexiven Praxis beinhaltet nicht die Prämisse, dass das, was Sie bisher gemacht haben unangemessen ist. Ganz im Gegenteil: Ich gehe davon aus, dass das, was Sie bisher gemacht haben, *gut* ist. Allerdings könnte es *besser* sein und sollte um eine reflexive Praxis ergänzt werden.

chologischen Mechanismen Sie nicht an einer Auseinandersetzung mit der reflexiven Praxis hindern.

Im Gegensatz dazu, ist der im Folgenden erörterte Einwand von ganz anderer Qualität: »Ich habe *einfach keine Zeit*, mich näher mit einer reflexiven Praxis auseinanderzusetzen.« Es handelt sich hierbei ein Totschlagargument; prompt und endgültig beendet es die Diskussion um eine reflexive Praxis, die notwendigerweise Zeit und Ruhe voraussetzt. Was lässt sich darauf noch erwidern, wenn doch der Berufsalltag sowie auch der Lernalltag in der Ausbildung eine maximale Auslastung vorsehen und uns kaum ein Augenblick zum Durchatmen zu bleiben scheint?

Die Unerbittlichkeit, mit der dieser Einwand daherkommt, sollte uns jedoch zu denken geben. Nachfolgend möchte ich versuchen, Ihnen aufzuzeigen, weshalb.

Zeit ist messbar und daher (auch) ein rationaler und objektiver Maßstab. Argumentieren wir mit Zeiten, Zeiträumen und Daten, argumentieren wir mit Fakten. Sachliche Erwägungen oder gar Werturteile sind demgegenüber nicht immer oder gar überhaupt nicht messbar, rational und objektiv. Eine Entscheidung – oder noch grundlegender: ein Verhalten – mit zeitlichen Gründen zu rechtfertigen fällt mithin grundsätzlich leichter, als mit sachlichen Erwägungen und Werturteilen. Aufgrund ihrer Allgemeingültigkeit und Objektivität scheint die Zeit gar die Rechtfertigungslast auf diejenigen zu übertragen, der sich nicht auf sie beruft; eine Argumentation auf zeitlicher Basis muss erst einmal widerlegt werden.

Im professionellen Kontext wird die Bedeutung zeitlicher Erwägungen zudem noch durch das Gebot des wirtschaftlichen Handelns verstärkt. Wer sich von Berufs wegen mit der Rechtsanwendung befasst, möchte nicht bloß einen Beitrag zum Funktionieren der Gesellschaft leisten; vor allem möchte er sich mit seiner Tätigkeit eine Erwerbs- und Lebensgrundlage schaffen. Für die professionellen Rechtsanwender, die ihre Leistungen am Markt anbieten, gilt die stark vereinfachte Formel, dass eine höhere Anzahl an Rechtsanwendungen grundsätzlich zu mehr Verdienst führt. Doch jede Rechtsanwendung ist eine Tätigkeit, die Aufmerksamkeit und vor allem einen gewissen Zeitraum in Anspruch

nimmt. Wer mit einer Akte beschäftigt ist, kann nicht zur gleichen Zeit eine andere Akte lesen und je mehr Akten insgesamt gelesen werden, desto weniger Zeit kann der einzelnen Akte gewidmet werden⁴⁷. Wer seine Erwerbsgrundlage maximieren möchte, muss demnach einzelne Aufgaben so schnell wie möglich bearbeiten, denn je mehr Zeit eine Rechtsanwendung erfordert, desto weniger Zeit bleibt um mit weiterer Arbeit weiteres Geld zu verdienen. Der wirtschaftlich denkende Rechtsanwender folgt daher *dem* Leitmotiv unserer heutigen Gesellschaft: Zeit ist Geld.

Die Zeit ist im Rahmen der ökonomischen Wertschätzung der Rechtsanwendung *der* entscheidende Faktor, denn durch die Messung aufgewendeter Zeit wird geistige Leistung überhaupt erst quantifizierbar, generalisierbar, planbar und vergleichbar. Über seine Einbindung in die Konzepte Leistung, Effektivität und Effizienz wird der Zeitfaktor schließlich zur Grundlage des ökonomischen Wettbewerbs unter professionellen Rechtsanwendern. Diese müssen sich auf dem Markt bewähren und ihren Verdienst rechtfertigen. *Leistung* wird in diesem Zusammenhang als das Verhältnis von verrichteter Arbeit und der dazu aufgewendeten Zeit definiert. Ergänzend hierzu bezeichnet die *Effektivität* den Grad der Wirksamkeit der verrichteten Arbeit, also das Ausmaß, in dem qualitative Anforderungen mit dem tatsächlich Erreichten übereinstimmen. Das Konzept der *Effizienz* erlaubt schließlich eine Aussage darüber, ob das Verhältnis zwischen der verrichteten Arbeit und des erzielten Ergebnisses wirtschaftlich angemessen ist. Der Rechtsanwender, welcher monetär und professionell erfolgreich sein will, wird seine Tätigkeit folglich an diesen Konzepten ausrichten: Er wird versuchen, möglichst viel Arbeit in wenig Zeit zu verrichten, dabei qualitative Anforderung weitestgehend zu erfüllen, dazu jedoch nur einen wirtschaftlich vertretbaren Aufwand zu betreiben.⁴⁸

⁴⁷ Vgl. Rosa, Beschleunigung, 10. Aufl. (2014), S. 203 f.

⁴⁸ Dies gilt nicht nur für selbstständige Rechtsanwender, sondern auch für diejenigen, die ihre Arbeitskraft innerhalb einer Organisation ausüben und dafür ein Festgehalt beziehen. Denn wer Geld für seine Tätigkeit erhält, muss diesen Verdienst rechtfertigen, auch in zeitlicher Hinsicht. Man denke hier an den Geschäftsverteilungsplan eines Gerichtes, aus dem sich mittelbar die zeitlichen Anforderungen an die Richter ergeben. Bei der Planung wird vorausgesetzt, dass zeitliche Durchschnittswerte eingehalten werden können. Es

Die Zeit ist somit nicht bloß ein Maßstab des Wettbewerbs unter professionellen Rechtsanwendern, der Wettbewerb selbst ist ein zeitlicher. Dieser zeitliche Wettbewerb wird bereits in der Ausbildung inszeniert, in der es im Grunde darum geht, innerhalb von fünf Stunden so viel Rechtsanwendung wie möglich umsetzen zu können. Der frisch ausgebildete Jurist hat sich schließlich (zumindest) im Kampf mit der Zeit bewährt. In der beruflichen Praxis verschärft sich die Wettbewerbssituation im Hinblick auf die entscheidenden Faktoren der wirtschaftlichen Effizienz und Effektivität. Auf diese Weise werden wir zur unternehmerischen Selbstoptimierung⁴⁹ erzogen und sind in der Folge stets bestrebt, mehr Handlungs- und Erlebnisepisoden in einer Zeiteinheit unterzubringen⁵⁰ und freie oder frei gewordene Zeitabschnitte mit weiteren Handlungsepisoden aufzufüllen. Hartmut Rosa schreibt hierzu:

Der kategorische Imperativ der protestantischen Ethik wie des kapitalistischen Ethos besteht in der Verpflichtung, die Zeit so intensiv wie möglich zu nutzen, Zeitverschwendung und Müßiggang systematisch auszuschalten und sich über die verbrachte Zeit genaue Rechenschaft zu geben.⁵¹

Die kapitalistische Vorgabe, Zeit so intensiv wie möglich zu nutzen und nach stetem Wachstum zu streben, führt auch dazu, dass wir gesparte Zeit reinvestieren und zur Steigerung der Produktivität nutzen. Die gesteigerte Produktivität wiederum steigert den Output. Die Anzahl an Schreiben, Schriftsätzen, Akten, Urteilsbegründungen, gesetzlichen Vorschriften, Fachartikeln, Lehrbüchern, Kommentaren, Gutachten, Dissertationen etc. wächst ebenso wie ihr Umfang. Gleichzeitig erweitern digitale Technologien und Medien sowie die umfassende Vernetzung die Möglichkeiten der Produktion und des Konsums juristischer Inhalte. Auf diese Weise beschleunigen sich nicht nur Produktion und

gilt, Entscheidungsfreude an den Tag zu legen. Zu den Auswirkungen der Personalplanung an deutschen Gerichten sehr kritisch, doch meinem Empfinden nach zutreffend: *van Lindjen*, *Die Zeit* vom 4. Februar 2016, Nr. 6, S. 10 und auch *Frank* im Interview, *Prantl*, *SZ* vom 26. April 2016, Nr. 96, S. 6.

⁴⁹ Der Begriff stammt von Ulrich Bröckling, der das unternehmerische Selbst als die prägende Subjektivierungsform der heutigen Gesellschaft analysiert hat; *Bröckling*, *Das unternehmerische Selbst*, 5. Aufl. (2013), S. 74.

⁵⁰ *Rosa*, *Weltbeziehung im Zeitalter der Beschleunigung*, 2. Aufl. (2013), S. 194.

⁵¹ *Rosa*, *Beschleunigung*, 10. Aufl. (2014), S. 93.

Rezeption, sondern auch die Distribution solcher Daten- und Informationsbestände; nicht nur die Masse, sondern auch die Frequenz der Veröffentlichungen steigt.⁵² Allerdings führen – wie Hartmut Rosa sehr plausibel darlegt – Beschleunigungs- und Optimierungsprozesse zwar zu Mengensteigerungsprozessen, dieser Mengensteigerung steht jedoch keine adäquate Steigerung der Verarbeitungsmöglichkeiten gegenüber.⁵³ Mit anderen Worten: Es wird immer schneller mehr produziert, als wir verarbeiten können, gleich wie sehr wir uns selbst optimieren. Verdreifacht sich etwa die Menge der zu lesenden Texte oder der zu tätigenenden Kommunikation, während die Erledigungsgeschwindigkeit sich nur verdoppelt, führt dies wiederum zu den sachlichen und zeitlichen Strukturen, welche uns schließlich erneut zur Selbstoptimierung anfahren.⁵⁴ Rosa verweist zur Veranschaulichung dieser Entwicklung auf die tägliche Korrespondenz via E-Mail:

Wer also heute beispielsweise viermal so viele E-Mail-Nachrichten schreibt, wie er zuvor Briefe geschrieben hat, obwohl ihn eine solche Nachricht halb so viel Zeit kostet wie ein herkömmlicher Brief, verbraucht doppelt so viel Zeit für die tägliche Korrespondenz wie vor der Etablierung des E-Mail-Systems und darf sich nicht wundern, wenn ihm die Zeit für andere Dinge knapp wird.⁵⁵

Das Beispiel der zunehmenden Mail-Kommunikation macht auch deutlich, dass sich mit der Verfügbarkeit neuer Technologien die sozialen und persönlichen Erwartungen verändern.⁵⁶ Sobald eine unmittelbare Beantwortung von Anfragen auf dem digitalen Weg möglich ist, entsteht auch die Erwartung, dass diese Möglichkeit ausgeschöpft wird. Eine kurze E-Mail zu schreiben, kostet für sich genommen wenig zeitlichen und kaum tatsächlichen Aufwand. Aus diesem Grund hat sich derjenige zu rechtfertigen, der diese Möglichkeiten nicht ausnutzt. In der Situation des zeitlichen und ökonomischen Wettbewerbs ist dies kaum

⁵² Hierzu, jedoch im unmittelbaren Zusammenhang mit Nachrichtenübermittlung, Rosa, *Beschleunigung*, 10. Aufl. (2014), S. 126 ff.

⁵³ Rosa, *Weltbeziehung im Zeitalter der Beschleunigung*, 2. Aufl. (2013), S. 195.

⁵⁴ Ebd.

⁵⁵ Ebd.

⁵⁶ Vgl. Korunka/Kubicek, *Beschleunigung im Arbeitsleben* in: *Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin/Junghanns/Morschhäuser* (Hrsg.), *Immer schneller, immer mehr*, 2013, S. 17 (25).

möglich. Hinzu kommt, dass Technologien es uns ermöglichen, immer mehr kleinere Aufgaben (selbst) zu übernehmen, da sie, für sich genommen, ja keine Mühe und Zeit mehr kosten. So kann eine umfassendere Dienstleistung angeboten und/oder Kosten für nicht mehr benötigte Beschäftigte eingespart werden; der Stellenabbau in Sekretariaten und Geschäftsstellen ist ein Beispiel für Letzteres. Jedoch führt die Masse an kleinen Aufgaben zu dem Gefühl, nicht mehr zu den eigentlichen Kernaufgaben zu kommen, da man durch Verwaltungsaufgaben und Ähnliches abgehalten wird.⁵⁷

Es ist paradox: Wir versuchen stets Zeit zu sparen, doch nie bleibt gesparte Zeit übrig. Unser Streben nach Selbstoptimierung führt dazu, dass wir uns aufgrund der steten Verbesserung, Steigerung und Beschleunigung noch mehr verbessern, steigern und beschleunigen müssen, um im zeitlichen und ökonomischen Wettbewerb bestehen zu können. Das Tückische dabei ist jedoch, dass es in diesem Wettbewerb nicht darum geht, ein bestimmtes, *ideelles* Ziel zu verwirklichen, sondern besser, schneller und vor allem profitabler als die Konkurrenz zu sein. Der Steigerungszwang wird somit schleichend zum Selbstzweck und führt somit zu einer Diskreditierung der übrigen, für die Rechtsanwendung relevanten Werte. Die ökonomischen Ziele profitabler und schneller Rechtsanwendung sind nämlich nicht deckungsgleich mit dem *wirklich* wichtigen Ziel der Rechtsanwendung, namentlich das Werkzeug des Rechts auf ethisch, moralisch und methodisch angemessene Art und Weise einzusetzen um soziale Konflikte nachhaltig aufzulösen oder von vornherein zu vermeiden. Die allgegenwärtige, jedoch unterschwellige Steigerungsdynamik führt darüber hinaus dazu, dass dieses Ideal in den Hintergrund geraten, ohne dass dies ernsthaft in Frage gestellt wird. Daraus folgt auch, dass es in der Ausbildung und der beruflichen Praxis fast nur noch um das Momentane und das Unmittelbare zu gehen scheint. Produktivität? Ja gerne, so viel wie möglich und zwar sofort ...

Eine langfristige und nachhaltige Entwicklung der professionellen Kompetenzen gerät dabei aus dem Blick. Meiner Ansicht nach ist dies mehr als bedenklich, denn »immer schneller und immer mehr« führt

⁵⁷ Rosa, Weltbeziehung im Zeitalter der Beschleunigung, 2. Aufl. (2013), S. 314.

auch zu »immer oberflächlicher, immer weniger Ahnung und immer weniger Urteilskraft«. Günther Anders bringt es auf den Punkt:

Was immer Dauer erfordert, dauert zu lange. Was immer Zeit beansprucht, beansprucht zu viel Zeit. Das Faktum, dass Handlungen Zeit kosten, gilt heute als Vergeudung. Gleich, wie kurz sie währen – niemals sind sie kurz genug. Die bloße Tatsache, dass sie währen, macht sie zu Verzögerungen. Zeit = Langsamkeit. Welch unsinnige Gleichung!⁵⁸

Ungeachtet ihrer Unsinnigkeit, ist diese Gleichung ein Imperativ unserer professionellen Kultur. Wir begreifen Zeit als ein knappes Gut, da sie sich nicht vermehren lässt. So wird Zeitknappheit für uns zu einer Tatsache der Lebenswirklichkeit. In Zeiten, in denen Zeit mit Geld abgekauft wird, verklären wir sie zu einem Wirtschaftsgut. Eine etwas andere Sicht kann man mit Niklas Luhmann einnehmen:

Zeit an sich ist nicht knapp. Der Eindruck der Zeitknappheit entsteht erst aus der Überforderung des Erlebens durch Erwartungen. Erlebnisse und Handlungen brauchen ihre Zeit und lassen sich daher in einer gegebenen Zeitstrecke nur begrenzt unterbringen. Hätte man mehr Zeit, könnte man mehr erleben und mehr handeln. Zeithorizont und Erwartungsstruktur müssen daher in Einklang gebracht werden. Man kann natürlich beliebig viel objektives Geschehen erwarten, an eigenem Erleben und Handeln jedoch nur so viel, wie in der eigenen Zeit Platz hat.⁵⁹

Zeitknappheit ist keine »objektive« Tatsache, sondern eine durch die eigenen und die sozialen Erwartungen⁶⁰ geprägte subjektive Erfahrung der sachlichen Strukturen der Lebenswirklichkeit⁶¹. Aus dieser Sicht ist »Dafür habe ich einfach keine Zeit!« keine objektive Aussage über Fakten, sondern die subjektive Schilderung einer Wahrnehmung. Denn wie wir unsere Zeit nutzen, ausfüllen und erfahren, ist auch von unseren Erwartungen und Wertvorstellungen abhängig. »Dafür habe ich keine Zeit!« heißt dann auch »Das ist mir nicht so wichtig.« Das pseudo-

⁵⁸ Anders, *Die Antiquiertheit des Menschen*, 4. Aufl. (2014), S. 348.

⁵⁹ Luhmann, *Die Verwaltung* 1968, 3 (13).

⁶⁰ »Und der Mangel an Zeit wiederum bemisst sich an der Fülle gesellschaftlich geprägter Erwartung und der Ansprüche an das eigene Handeln.«, Nowotny, *Eigenzeit*, 1993, S.9 f.

⁶¹ Der Begriff ist angelehnt an Luhmanns Begriff »Sachstrukturen der Welt«, Luhmann, a. a. O., 3 (6).

rationale Argument »Ich habe keine Zeit« kann mithin verschleiern, dass in Wirklichkeit weder rational noch ökonomisch sinnvoll gehandelt wird. So einfach ist es folglich also doch nicht, keine Zeit zu haben.

Aufgrund der Dichte und Hektik des beruflichen Alltags sind wir geneigt, von langfristigen Maßnahmen abzusehen, welche lediglich mittelbar eine vorab nicht konkretisierbare Steigerung unserer Leistungen, Effektivität und Effizienz in Aussicht stellen. Wir beurteilen mithin den Nutzen einer Handlungsoption auch im Hinblick auf ihren zeitlichen Kontext.⁶² Der Nutzen einer Handlungsoption ist für uns relativ zu

1. der Menge an Zeit, welche für Sie aufgewendet werden müsste,
2. den Zeitpunkt(en), zu welchem die Handlung durchgeführt werden müsste und
3. dem Zeitpunkt, ab welchem sich ihr Nutzen voraussichtlich auszahlen wird.

Freilich stehen diese Aspekte in einer komplexen wechselseitigen Beziehung zueinander, die ich an dieser Stelle nicht näher ausführen will. Es sollte jedoch deutlich werden, dass wir eher geneigt sind, eine Handlungsoption dann abzulehnen, wenn Sie eine erhebliche Menge an Zeit in Anspruch nimmt, ihr Zeitpunkt im Hinblick auf unsere sonstigen Aktivitäten ungünstig ist und sich ihr Nutzen erst in ferner Zukunft auszahlen wird. Eine reflexive Praxis, die Zeit im Hier und Jetzt in Anspruch nimmt und deren ungewisser Nutzen sich erst in Zukunft einstellen wird, ist daher für uns ohne Weiteres keine ernsthaft in Betracht zu ziehende Option.

Wenn es um mühevollen Aufwendungen sowie psychischen und physischen Einsatz geht, bevorzugen wir das zeitlich Knappe. Wenn es um Nutzen aus unseren Bemühungen geht, das Naheliegende. Vor allem

⁶² Deutlich machen dies etwa Studien zu dem Phänomen »time-inconsistent discount rates«. Betriebswirtschaftler befassen sich intensiv mit dem Umstand, dass Menschen Handlungsoptionen unterschiedlich bewerten, wenn gewisse Zeitspannen eine Rolle spielen. Hierzu *Shefrin/Thaler*, *Economic Inquiry*, Vol. 26 No. 4 (1988), 609-643, *Hoch/Loewenstein*, *Journal of Consumer Research*, Vol. 17 (1991), 492-507, *Korobkin/Ulen*, *California Law Review*, Vol. 88, No. 4 (2000), 1051 (1121 ff.) m. w. Nw.

aber bevorzugen wir das Eilige. Der berufliche Alltag professioneller Rechtsanwender sowie der Alltag von Studenten und Referendaren ist mit Fristen und Terminen durchsetzt: Klagefristen, Einlassungsfristen, Gerichtstermine, Beratungsgespräche, Anmeldefristen, Veranstaltungstermine, Klausurtermine etc. Verstreichen eine Frist oder ein Termin, verlieren die mit ihnen einhergehenden Tätigkeiten ihren Sinn.⁶³ In aller Regel können sie auch nicht nachgeholt werden und derjenige, der den Termin oder die Frist hat verstreichen lassen, muss mit negativen Folgen rechnen. Daher bevorzugen wir Frist- und Terminsachen regelmäßig gegenüber solchen Angelegenheit, die nicht Gefahr laufen, durch bloßen Zeitablauf hinfällig zu werden. Allerdings folgt in der Realität Termin auf Termin, Frist auf Frist. Sachliche Erwägungen werden mithin ständig hintenangestellt. Aus einer Priorität der Frist- und Terminsachen wird, was Luhmann das Primat der Fristsachen nennt: Eine *wertmäßige Vorzugswürdigkeit der Eilsache*, die mit den übrigen Werten, zu denen wir uns sonst bekennen, nicht abgestimmt ist.⁶⁴ »Ich habe dafür keine Zeit« heißt also in aller Regel auch »Eiligere Angelegenheiten ziehe ich vor.«

Man mache sich bewusst, was daraus folgt, wenn ständig irgendetwas eilig ist: Das was nicht eilig wird, wird grundsätzlich übergangen. Eine Auseinandersetzung mit einer reflexiven Praxis kann daher alleine schon deshalb für Sie *niemals* in Betracht kommen, weil es *immer* andere Dinge gibt, die aufgrund gebotener Eile vorzugswürdig zu sein scheinen.

⁶³ Luhmann, Die Verwaltung 1968, 3 (10).

⁶⁴ Ebd.

Allein Ihre Sache?

Im Vorangegangenen haben wir uns Faktoren zugewendet, die eine ablehnende Antwort auf die Frage »Warum nicht?« begünstigen. Ich wollte Ihnen Anhaltspunkte dafür liefern, dass Ihre Interpretation der Fakten zu einer reflexiven Praxis unter Umständen unwillkürlich zustande kommt. Die dahinterstehenden Mechanismen und Neigungen sind für sich genommen eher positiv als negativ. Sie helfen uns dabei, eine stabile Sinnvorstellung von uns, unseren Handlungsmöglichkeiten und unserer Umwelt zu konstruieren. Sie ermöglichen uns, im Alltag zu bestehen. Allerdings können Sie auch verhindern, dass wir uns auf Ideen und Informationen einlassen, die unser Denken und Handeln nachhaltig verändern und verbessern können. Es mag sein, dass wir auch so gut durch den (Arbeits-) Tag kommen, erfrischende Erkenntnisse sowie Momente reflexiver Einsicht bleiben uns jedoch vorenthalten. Das ist kein Problem, so lange es dabei um *Ihr* Wohlergehen, *Ihr* intellektuelles Potenzial oder *Ihre* Lebensfreude geht. Denn wenn Sie sich nicht überwinden können, kalt zu duschen, Sport zu treiben, mehr zu lesen, sich beruflich zu verändern etc., werden in aller erster Linie Sie die Konsequenzen tragen müssen. Es kann jedoch zu einem ernsten Problem werden, wenn es um mehr geht. Denn ich bin der Ansicht, dass mit der praktischen Rechtsanwendung eine besondere Verantwortung und Macht gegenüber anderen Menschen einhergeht, die wiederum besondere moralische wie professionelle Anforderung an uns als Rechtsanwender stellt. Es geht also nicht nur um Ihr persönliches Wohl und die Frage, ob es Ihnen gelingt, durch Ihren beruflichen Alltag zu kommen, sondern auch darum, ob Sie alles Zumutbare unternehmen, um *gute* und nicht bloß wirtschaftlich effektive und effiziente Arbeit zu leisten. Ihre Antwort auf die Frage »Warum nicht?« sollte dem Rechnung tragen.

Potenziale

Der erste Schritt auf dem Weg zu einer reflexiven Praxis besteht meiner Ansicht nach darin, dass Sie sich selbst überzeugen. Überzeugen Sie sich selbst davon, dass Reflexion eine persönliche wie professionelle Bereicherung für Sie darstellt. Zu diesem Zweck habe ich Ihnen jedoch zunächst die Fakten präsentiert, die gegen eine reflexive Praxis sprechen. Diese Auseinandersetzung mit negativen Aspekten direkt zu Anfang des Textes ist mit einem gewissen Risiko behaftet. So kann der Eindruck entstehen, eine reflexive Praxis sei ein durchweg mühevolleres, zeitaufwendiges gar verstörendes Unterfangen. Ich bin dieses Risiko bewusst eingegangen, denn wir tendieren dazu, die positiven Aspekte einer reflexiven Praxis lediglich zur Kenntnis zu nehmen, nicht jedoch, uns von diesen Aspekten berühren zu lassen. Aufgrund von Neigungen und psychologischer Mechanismen, gelangen wir zu Kurz-Schlüssen. Diese sind unter Umständen derart resistent, dass wir sämtliche Informationen übergehen, die sie auflösen könnten. Wir reflektieren nicht darüber, was Reflexion und eine reflexive Praxis für uns bedeuten kann; wir entwickeln kein Eigeninteresse. All das habe ich Ihnen erläutert, damit Ihnen diese Kurz-Schlüsse und ihre mögliche Entstehung bewusst werden. Bestenfalls wird so ihre Wirkung abgeschwächt und Sie können sich davon überzeugen, dass eine reflexive Praxis *Ihnen* nutzen wird.

Doch warum sollten Sie das überhaupt tun? Diese Frage weist auf einen weiteren Aspekt hin, der gegen eine reflexive Praxis spricht. Überraschenderweise ist dieser Aspekt nicht negativ, sondern vielmehr positiv: Sie kommen auch ohne reflexive Praxis zurecht. Sie bewältigen Ihren professionellen Alltag. Bestenfalls sind Sie kompetent und erbringen gute Leistungen. Sie mögen manchmal auf widrige Umstände treffen, doch bisher haben Sie diese noch immer überwunden. Sie sind interessiert und selbstbewusst. Sie haben Freude an der Juristerei. Sie sind ausgelastet, aber nicht überfordert.

Will ich Ihnen deutlich machen, was eine reflexive Praxis für Sie bedeuten kann, muss ich dem Rechnung tragen. Auch ohne reflexive Praxis können Sie ein *guter* Jurist sein oder zu einem solchen werden. Allerdings lautet eine meiner wichtigsten Thesen, dass eine reflexive Praxis Sie zu einem (noch) *besseren* Jurist machen wird. Eine reflexive Praxis

wird Ihr Verständnis von praktischer Rechtsanwendung vertiefen und verändern. Sie wird Ihre Neugier wecken und verstärken. Sie wird Ihnen Aha-Momente und Momente reflexiver Einsichten bescheren. Sie wird die Freude steigern, die Sie an praktischer Rechtsanwendung haben und haben werden.

Entscheidend ist jedoch, dass es hierbei nicht um die Beseitigung von Defiziten, sondern vielmehr um die Ausschöpfung von Potenzialen geht. Es geht um Ihre professionelle wie persönliche Bereicherung. Wir haben bereits festgestellt, dass Reflexion zwangsläufig eine individuelle und autonome Übung ist und ich daher nicht wissen kann, welchen Nutzen eine reflexive Praxis letzten Endes *für Sie* haben wird. Daher will ich Sie im Folgenden dazu anregen, über die Potenziale nachzudenken, welche eine reflexive Praxis für Sie haben kann. Bestenfalls finden Sie für Sich gute Gründe, sich auf eine reflexive Praxis einzulassen.

Endogene und autonome Modulation

Allein durch die innere Auseinandersetzung mit unseren Gedanken, Ideen und Erfahrungen können wir zu neuen Erkenntnissen über uns selbst gelangen. Wir kommen zu Einsichten, unser Verhalten und Denken anzupassen. Wir verändern uns selbst. Entscheidend ist, dass wir dazu nicht auf einen Impuls von Außen angewiesen sind. Es bedarf keines besonderen Anlasses, keines besonderen Inputs; es kommt entscheidend auf unseren inneren Antrieb zur Reflexion an. Dieser kann durch externe Anreize ausgelöst werden, zwingend notwendig ist dies jedoch nicht. Er kann ebenso gut auf einem affektiven Interesse und positiver Motivation basieren. Reflexion ist daher nicht bloß Reaktion, sondern auch Aktion. Sie ist Denkform und Fähigkeit. Sobald Sie diese Denkform bewusst und gezielt zur Anwendung bringen können, beherrschen Sie die Fähigkeit der endogenen und autonomen Modulation⁶⁵. Sie sind dazu

⁶⁵ Unter Modulation verstehe ich hier eine Form von individueller Anpassung, Regulierung oder Veränderung. Hierzu angeregt hat mich Linda Barry; im Zusammenhang mit der Förderung kreativer Prozesse schreibt sie: »What do I mean by modulation? A process that resists, but does not negate. It is best thought of as the imposition of necessary distance, or delay, enabling something new to come forward.«, Barry, Syllabus, 2014, S. 50.

in der Lage, Ihr Denken und Verhalten *von sich aus* zu verändern. Die Einsichten, die zu diesen Veränderungen führen können, gewinnen Sie *von innen heraus*. Machen Sie sich bewusst, wie außergewöhnlich diese Fähigkeit ist. Sie macht den menschlichen Geist einzigartig.⁶⁶ Ich will es überzeichnen, um es zu verdeutlichen: Sie setzen Sich für eine Stunde in einen dunklen Keller und reflektieren, ohne einen besonderen Anlass, ohne Input, ohne fremde Anweisungen, allein weil Sie es wollen. Sie gelangen aufgrund der Reflexion zu einer Vorstellung von Sich selbst, die Ihnen zuvor nicht gegeben war. Diese Vorstellung beziehen Sie zurück auf Ihr Denken und Verhalten. Wenn Sie nun schließlich wieder aus dem Keller hervorkommen, haben Sie *Sich* verändert.

Für mich persönlich besteht der große Reiz einer reflexiven Praxis darin, dass sie es ermöglicht, das eigene Verhalten und Denken gezielt und bewusst anzupassen. Dabei geht es nicht bloß um Selbstoptimierung im Hinblick auf ökonomisch effizienteres und effektiveres Arbeiten. Es geht um qualitative Progression in mentaler und intellektueller Hinsicht. Wir versuchen dazu unser Wissen, unsere Wahrnehmung und unser Bewusstsein zu modulieren. Gelingt es uns, geht dies mit einem Gefühl der Kontrolle einher, welches eine immense Befriedigung mit sich bringt und Freude macht.⁶⁷ Sofern Sie an Ihrer persönlichen wie professionellen Fortentwicklung interessiert sind, haben Sie hiermit einen guten Grund, sich auf die reflexive Praxis einzulassen.

Ich muss darauf hinweisen, dass dieses Exzerpt in Barrys Materialsammlung mehr oder minder für sich allein steht. Der Kontext, in dem sie den Terminus Modulation verwendet, wird jedenfalls nicht ganz eindeutig. Der Transfer ist meiner Ansicht nach dennoch zweckmäßig.

⁶⁶ Selbst autogenerative Software und künstliche Intelligenz können hier nicht ansatzweise mithalten, denn immer wenn Menschen nachdenken, spielen Emotionen, Gefühle, Zufall, Willkür und Absurdität eine Rolle und eröffnen so ungeahnte Möglichkeiten.

⁶⁷ Zur Veranschaulichung Gleichnis: Ein mir bekannter Body-Builder hat mir einst versucht den Reiz seines Sportes zu erklären. Man schaue in den Spiegel, betrachte seinen Oberkörper und stelle fest, dass das Gesamtbild noch nicht ganz stimmig sei. Es fehle noch etwas Muskulatur im Nackenbereich und am Trizep. Nun trainiert man diese Bereiche ganz gezielt und führt mit Einsatz und Geduld die gewünschte Veränderung am Körper herbei. Sich selbst zu verändern, wie man es wünscht und durch sich durch Einsatz zu verbessern, das sei der Reiz des Body-Buildings.

Sich selbst und seine Tätigkeit besser verstehen

Reflektieren wir, fragen wir nach der Bedeutung für uns selbst. Eine reflexive Praxis für Sie als Juristen zielt mithin darauf ab, dass Sie sich selbst und Ihre Tätigkeit besser verstehen. Sich selbst zu verstehen, kann heißen, eine Theorie von seinem Denken und Handeln zu artikulieren und diese bestätigt zu sehen. Chris Argyris und Donald S. Schön nennen solche Theorien »theories of action«. Dabei verstehen sie unter Theorien ganz allgemein praktische, alltagstaugliche und am gesunden Menschenverstand ausgerichtete intellektuelle Maßgaben.⁶⁸ Diese Maßgaben besitzen in aller Regel eine konditionale Struktur, das heißt, sie folgen dem Muster »Wenn ... dann ...«, und ermöglichen uns die Erklärung, Vorhersage und Kontrolle unseres Denkens und Handelns.⁶⁹ Argyris und Schön versuchen, menschliches Verhalten als die Folge von Theorien des Handelns und Denkens zu interpretieren, erklären und vorherzusagen. Das Interessante an diesem Konzept ist, dass Argyris und Schön unterschiedliche Arten von Theorien des Denkens und Handelns benennen. Da wären zunächst die Theorien, mit denen wir selbst unser Denken und Handeln erklären.⁷⁰ Ferner die Theorien, die tatsächlich unser Handeln und Denken bestimmen.⁷¹ Während erstere unserer Erklärung unseres Verhaltens wäre, wären letztere die Erklärung unseres Verhaltens durch einen (objektiven) Außenstehenden. Wir sind mit diesem Phänomen vertraut. Es kommt nicht selten vor, dass wir uns selbst, unser Verhalten wie auch unser Denken anders erklären, als dies ein (objektiver) Außenstehender tun würde. In diesen Fällen sind unsere selbsterklärten Theorien häufig nicht der jeweiligen Situation angemessen. Sie entsprechen dann nicht einer objektiven Ideal-Theorie, welche in der gegebenen Situation die richtigen Denk- und Verhaltensweisen hervorbringen würde.

⁶⁸ Argyris/Schön, *Theory in Practice*, 1974, S. 4 f.

⁶⁹ Argyris/Schön, a. a. O., S. 5. Vgl. hierzu auch Haskell, *Transfer of Learning*, 2001, S. 153: »Contrary to popular conception ›theory‹ is no more abstract than most of our everyday thinking. [...] Theory is as natural as everyday thinking itself. In fact, it is everyday thinking.«

⁷⁰ Argyris und Schön nennen diese Theorien »espoused theories«, Argyris/Schön, a. a. O., S. 6 f.

⁷¹ Ebd. Argyris und Schön nennen diese Theorien »theories-in-use«.

Dies kann verschiedenste Ursachen und unterschiedlichste Konsequenzen haben. Unsere Theorien des Denkens und Handelns sind entweder unzutreffend oder unvollständig oder gar beides. Entscheidend ist jedoch, dass unsere eigenen Theorien zwangsläufig immer in gewissen Maßen unvollständig und unzutreffend sind, weil sie die Beschreibung und Abstraktion von ultrakomplexen Phänomenen zum Gegenstand haben. Agyris und Schön führen zur Veranschaulichung dieses Aspektes unsere Sprache an.⁷² So offenbart etwa der Gebrauch unserer Muttersprache in aller Regel den sicheren Umgang mit der ihr zugrunde liegenden Grammatik in ausdifferenzierter und variierender Form. Allerdings sind wir uns dessen nicht bewusst und allgemein nicht dazu in der Lage, die Grammatik vollständig und zutreffend zu definieren und artikulieren.⁷³ Wir werden unter Umständen auch falsches, bewusstes wie unbewusstes grammatikalisches Wissen haben, was uns zu einem dementsprechenden Fehlgebrauch unserer Sprache führen wird. Einem Dritten wird dieser Fehlgebrauch auffallen. Unter Umständen führt er zu Missverständnissen und sonstigen negativen Folgen. Wir hingegen sind uns diesen Abweichungen nicht bewusst und gehen häufig sogar davon aus, dass alles richtig sei.

Diese Überlegungen führen uns zu einer nützlichen Perspektive auf die praktische Rechtsanwendung. Ihr zufolge haben wir jeweils eine eigene Theorie von praktischer Rechtsanwendung. Wir verfügen über bewusstes und unbewusstes Wissen darüber, was wir in unserer Rolle als Rechtsanwender zu tun haben und wie eine Anwendungssituation idealerweise bewältigt werden sollte. Hervorzuheben ist, dass diese Theorie nicht rein juristisch, methodisch, oder wissenschaftlich ist. Unsere eigenen Theorien der Denk- und Handlungsweisen der praktischen Rechtsanwendung enthalten *auch* rhetorische, psychologische, soziologische, historische, linguistische, philosophische, ästhetische, alltägliche und sonstige nützlichen Aspekte. Unsere Theorien der praktischen Rechtsanwendung müssen derart vielfältig sein, da es auch unser Verhalten zur Bewältigung einer Anwendungssituation sein muss. Entscheidend ist nun, dass *unsere* Theorie der praktischen Rechtsanwendung nicht deckungsgleich mit einer objektiv idealen und allumfassenden Theorie der

⁷² Agyris/Schön, *Theory in Practice*, 1974, S. 11 f.

⁷³ Ebd.

praktischen Rechtsanwendung sein kann. Aufgrund der immensen Vielfältigkeit, der Vieldeutigkeit und der Komplexität der praktischen Rechtsanwendung sind unsere Theorien entweder unvollständig, unzutreffend und sehr wahrscheinlich sogar beides – und all dies, ohne dass es uns bewusst sein muss. Wir können nicht alles können, was es zu können gäbe und können nicht alles wissen, was gewusst werden könnte. Und dennoch ist unsere Theorie der praktischen Rechtsanwendung eine in aller Regel verlässliche Grundlage unseres professionellen Denkens und Verhaltens.⁷⁴ Sie ist zum einem großen Teil unbewusst sowie implizit.⁷⁵ In aller Regel verwenden wir keinen Aufwand darauf, sie zu artikulieren, denn sie ist für uns von selbst verständlich und Grundlage von Automatismen und Routinen. Eine reflexive Praxis zielt nun darauf ab, dass wir versuchen unsere individuelle Theorie der praktischen Rechtsanwendung zu ergründen und zu erklären. Artikulieren wir sie schließlich, wird eine bewusste und kritische Auseinandersetzung mit unserer Tätigkeit von besonderer Qualität möglich.⁷⁶ Wir können Dissonanzen zwischen unserer Theorie und objektiv idealen Theorien von praktischer Rechtsanwendung aufspüren und so zu einem besseren Verständnis von unserem eigenen Verhalten und unserer Tätigkeit gelangen. Dazu setzen wir uns kritisch und konstruktiv mit unserer Theorie der praktischen Rechtsanwendung als Grundlage unseres Wirkens auseinander. Dies fördert die Fähigkeit zum Transfer von Wissen sowie Fertigkeiten und ermöglicht uns den souveränen, professionellen Umgang mit Stress, Unsicherheit und Ungewissheit. Argyris und Schön schreiben in diesem Zusammenhang:

One must regard any theory as tentative, subject to error, and likely to be disconfirmed; one must be suspicious of it. However, one's theory-in-use is his only basis for action. To be effective, a person must be able to act according to

⁷⁴ Argyris und Schön nennen Theorien des Denkens und Handelns mit professionellem Bezug »theories of practice«: »A theory of practice, then, consists of a set of interrelated theories of action that specify for the situations of the practice the actions that will, under the relevant assumptions, yield intended consequences.« Argyris/Schön, *Theory in Practice*, 1974, S. 6 m. w. Nw.

⁷⁵ Vgl. Argyris/Schön, a. a. O., S. 12 f. Sie schreiben in diesem Zusammenhang, dass Handlungs- und Denkprogramme internalisiert werden.

⁷⁶ Argyris/Schön, *Theory in Practice*, 1974, S. 14 f.

his theory-in-use clearly and decisively, especially under stress. One must treat his theory as both a psychologically certainty and an intellectual hypothesis.

The apparent paradox is heightened in unstable situation of action where one is overwhelmed by information and unable to develop a grounded theory of what is going on. Here, norms for behavior substitute knowledge. One need not know precisely what is going on because, independent of such knowledge, norms provide basis for action.⁷⁷

Das, was ich hier mit Bezug zu Argyris und Schön als unsere eigene Theorie der praktischen Rechtsanwendung bezeichnet habe, ist die psychologische und intellektuelle Grundlage unseres professionellen Denkens und Handelns. Diese Grundlage zu ergründen führt dazu, dass wir uns selbst und unsere Tätigkeit besser verstehen. Denn machen wir sie uns bewusst, können wir sie analysieren, variieren und modulieren. Ein besseres Verständnis von uns selbst und unserer Tätigkeit hat damit reflexive Auswirkungen; es wirkt positiv auf uns selbst und unsere Tätigkeit zurück. Sofern Sie sich also für Ihre juristische Tätigkeit interessieren und sie qualitativ aufwerten möchten, haben Sie hiermit einen guten Grund, sich auf eine reflexive Praxis einzulassen.

Ein eigenes Qualitätsempfinden ausbilden

Im Rahmen dieser Arbeit spreche ich Sie nicht bloß in Ihrer Funktion oder Rolle als Rechtsanwender an, sondern als einen Menschen, der einer professionellen Tätigkeit nachgeht. Das ist ein feiner, doch entschei-

⁷⁷ Argyris/Schön, *Theory in Practice*, 1974, S. 5 f. Meine Übersetzung lautet: »Man muss jedwede Theorie als provisorisch, fehleranfällig und leicht zu entkräften ansehen; man muss ihr gegenüber misstrauisch sein. Nichtsdestotrotz bleibt die eigene Theorie in Gebrauch die einzige Grundlage für das eigene Verhalten. Will man effektiv sein, muss man dazu in der Lage sein, sich entsprechend seiner Theorie in Gebrauch zu verhalten, und zwar entschieden und ohne Zweifel, insbesondere unter Stress. Man muss seine Theorie sowohl als psychologische Gewissheit als auch als intellektuelle Hypothese behandeln können. Das offensichtliche Paradoxon wird verstärkt in Situationen, in denen man durch Informationen überwältigt wird und nicht in der Lage dazu ist, eine begründete Theorie davon zu entwickeln, was vor sich geht. In diesem Fall ersetzen unsere Normen für Verhalten das fehlende Wissen. Man muss nicht wissen, was genau vor sich geht, weil man unabhängig von diesem Wissen von Verhaltensnormen angeleitet wird.«

dender Unterschied. Ein Trennung unserer professionellen von unserer privaten Identität mag uns helfen, Abstand von den belastenden und teilweise grauenhaften Seiten der juristischen Tätigkeit zu gewinnen. Sie mag dabei helfen, die methodischen und theoretischen Aspekte unserer Tätigkeit isoliert und konzentriert in Angriff zu nehmen. Eine strikte Trennung birgt jedoch die Gefahr, dass wir in unserer Rolle als Rechtsanwender den Bezug zu uns selbst und unseren moralischen wie ethischen Werten verlieren.

Unsere professionelle Identität wird durch die Leitmotive Effizienz, Effektivität und Pragmatik geprägt. Sie formen unser Selbstverständnis als juristische Praktiker und die Arbeitskultur, in der wir unserer Profession nachgehen. Aufgrund dieser Prägung nehmen wir professionelle Rechtsanwendung als eine auf das Nützliche und Funktionierende orientierte Arbeitsweise wahr, die darauf ausgerichtet ist mit ökonomisch angemessenem Aufwand maximal wirkungsvolle Ergebnisse hervorzu- bringen. Das Interessante an dieser Ausrichtung ist, dass es primär nicht auf den Inhalt einer Lösung ankommt, sondern auf die Verfahrensweise, die zu ihrem Zustandekommen geführt hat. Diese Ausrichtung macht insofern Sinn, als dass professionelle Rechtsanwender unterschiedliche Rollen einnehmen und in der Folge unterschiedliche Interessen und Ziele verwirklichen müssen. Die Beantwortung der Fragen nach dem *guten* Ergebnis und einer *guten* Rechtsanwendung sind aus dieser Perspektive Angelegenheit der Rechtsphilosophie. Für das Bestehen zweier Staats- examen und die alltägliche Berufspraxis sind solche Fragen erschre- ckenderweise zweitrangig. Idealistische Zielen müssen – so scheint es – im Hinblick auf Effizienz und Effektivität zurückgestellt werden.

Die Leitmotive Effizienz, Effektivität und Pragmatik sind wertoffen, das heißt, sie beinhalten keine festen Vorgaben, inwieweit im Rahmen der Rechtsanwendung Werte wie etwa Gerechtigkeit, Freiheit oder Gleichheit verwirklicht werden sollen. Der Rechtsanwender muss daher selbst definieren, was der Nutzen sein soll, auf den sein pragmatisches Handeln ausgerichtet wird und welche moralische und ethische Stan- dards er als Maßstab für Effektivität und Effizienz anlegen möchte. Dies erscheint auf den ersten Blick selbstverständlich. Jedoch beruht die überragende Bedeutung der Leitmotive Effektivität, Effizienz und Prag- matik darauf, dass sie ihre Wertoffenheit hinter den liberalen Ideen von

Pluralismus, Universalität und Neutralität verbergen.⁷⁸ Daher kann leicht der unzutreffende Eindruck entstehen, die zu verwirklichenden Werte müssten nicht der Rechtsanwendung selbst zu Grunde gelegt werden, sondern würden vielmehr von ihr selbst hervorgebracht. *Gute* Rechtsanwendung ergäbe sich demnach fast wie von selbst, so lange gängige Lösungsmuster effizient und effektiv angewendet werden.

Doch dem ist nicht so. Werte verwirklichen sich nicht durch die Einhaltung einer geregelten Verfahrensweise oder die Anwendung von standardisierten Lösungsmustern. Niemand weiß genau, was Begriffe wie Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit genau bedeuten.⁷⁹ Es gibt keine feste Wertedefinition, wie es auch keine feste Wertehierarchie gibt. Und das ist auch gut so. Denn diese Unschärfe ist es, die unterschiedliche Sichtweisen und damit auch heterogene Lebensweisen erst möglich macht.

In demselben Maße weiß auch niemand so genau, was *gute* Rechtsanwendung sein soll. Diese Frage muss stets aufs Neue im Lichte von Wert- und Moralvorstellungen gestellt und beantwortet werden. Wichtig ist, zunächst zu erkennen, dass *gute* Rechtsanwendung jedenfalls nicht bloß effektive und effiziente Anwendung von gesetzlichen Normen ist. *Gute* Rechtsanwendung ist viel mehr als das. Eine Vorstellung von *guter* Rechtsanwendung zu haben heißt, Antworten auf Fragen wie die nachfolgenden zu haben:

- Was halte ich für eine gute Lösung eines sozialen Konfliktes?
- Was sind die rechtlichen Standards für die Qualität meiner Arbeit?

⁷⁸ Vergleiche Hartmut Rosa zur Protodefinition des guten Lebens und der Rolle des Kapitalismus: »Traditionelle Kulturen beruhen darauf, dass sie ihren Mitgliedern eine mehr oder minder klare Definition des Guten vor Augen stellen und das Streben danach als das gute Leben definieren. Der Erfolg des Kapitalismus und der mit ihm verknüpften Protodefinition des guten Lebens beruht dagegen gerade darauf, dass die entsprechenden Güter nicht artikuliert werden, sondern hinter den liberalen Ideen von Freiheit und Pluralismus und der Neutralität des Staates gegenüber Konzeptionen des Guten verborgen und geradezu versteckt bleiben.«; Rosa, *Weltbeziehung im Zeitalter der Beschleunigung*, 2. Aufl. (2013), S. 183.

⁷⁹ Vgl. zur Ausrichtung an kontingenten Begriffen wie Gott oder Gerechtigkeit Breithaupt, *Kultur der Ausrede*, 2012, S. 17 f.

- Was soll der moralische Standard für die Qualität meiner Arbeit sein?
- Was sind rhetorische und ästhetische Standards, an denen ich meine Arbeit messe?
- Inwiefern bewerte ich die Belange der von meinem Handeln Betroffenen?
- Werde ich von anderen verstanden, kann ich andere überzeugen?
- Wie erfahren die Beteiligten und/oder die Betroffenen mein Handeln und meine Äußerungen?
- Was sind schlechte, zu vermeidende Effekte bestimmter Handlungen?
- Wie können diese vermieden werden?
- Kann ich mein Handeln vor mir selbst und anderen rechtfertigen?
- Könnte ich damit leben, von anderen ebenso behandelt zu werden?
- Was empfinde ich bei meiner Arbeit?
- Welchen Sinn hat mein Handeln?

Eine regelmäßige Auseinandersetzung mit derartigen Fragen führt zu einem integrativen⁸⁰ Verständnis von praktischer Rechtsanwendung: Es geht um einen Zustand des organischen Zusammenspiels von professionellen Leitmotiven wie Effektivität, Effizienz und Pragmatik sowie moralischen und ethischen Wertvorstellungen. Dieser Zustand ermöglicht es für uns festzulegen, was richtig und gut sein soll. Dazu müssen wir

⁸⁰ »Integrativ« verstehe ich hier als umfassend, vereinheitlichend oder ganz machend; diese Bedeutung geht mehr in Richtung des englischen Adjektives »integrated«. Schöner als Ben Shahn kann man kaum beschreiben, was das bedeuten kann: »Being integrated, in the dictionary sense, means being unified. I think of it as being a little more dynamic-educationally, for instance, being organically interacting. In either sense, integration implies involvement of the whole person, not just selected parts of him; integration, for instance, of kinds of knowledge (history comes to life in the art of any period); integration of knowledge with thinking - and that means holding opinions; and then integration within the whole personality - and that implies holding some unified philosophical view, an attitude toward life. And then there must be the uniting of his personality, this view, with the creative capacities of the person so that his acts and his works and his thinking and his knowledge will be a unity. Such a state of being, curiously enough, invokes the word integrity in its basic sense: being unified, being integrated.«; *Shahn, The Shape of Content*, 1972, S. 116 f.

unsere ganze Persönlichkeit einbringen, eine kohärente philosophische Einstellung zum Leben zu haben und das Wissen mit dem Denken zu verbinden. Das ist wichtig, denn als professionelle Rechtsanwender tragen wir eine Verantwortung gegenüber anderen Menschen und *gute* Rechtsanwendung erfordert daher Integrität und Stil.⁸¹ Wir benötigen ein eigenes Qualitätsempfinden dafür, was *gute* Rechtsanwendung ausmacht. Dieses bezieht sich nicht nur auf inhaltliche Aspekte, sondern auch auf die Art und Weise, wie Inhalt vermittelt wird. Nur wer eine eigene Vorstellung davon hat, was *gut* sein soll, kann sein Denken und Handeln darauf ausrichten. Dazu müssen wir objektive Standards und Konventionen mit subjektiven Wertmaßstäben und Ansichten in Einklang bringen. Wir müssen sicherstellen, dass wir das Professionelle und das Persönliche *sowohl trennen als auch* zusammenführen können.

Meiner Ansicht nach sollte man so früh wie möglich damit beginnen, das eigene Qualitätsempfinden auszubilden und fortzuentwickeln, sogar bereits schon dann, wenn man selbst der Ansicht ist, noch gar keine Vorstellung davon haben zu können, was *gut* sein soll. So empfehle ich insbesondere Studenten der ersten Semester sich umgehend mit der Frage auseinanderzusetzen, was ein *gutes* Gutachten ausmacht. Für diejenigen, die sich ernsthaft mit dieser Frage befassen, geht es dann nicht mehr darum, die vermeintlich richtige Lösung zu treffen, um eine möglichst hohe Punktzahl zu erzielen, sondern vielmehr um die Herstellung eines überzeugenden und ansprechenden juristischen Textproduktes, das seinen spezifischen Sinn und Zweck erfüllt und dem Einzelfall gerecht wird. Ein *gutes* Gutachten schreibt sich nicht von selbst, sondern basiert auf Selektionsentscheidungen und Werturteilen eines kundigen Rechtsanwenders, der nicht nur juristisch denken, sondern auch verständlich schreiben kann. Dafür ist zwingend erforderlich, dass man ein eigenes Gespür dafür hat, was gut und richtig ist. Ein solches Gespür entwickelt man jedoch dann nicht, wenn man stets nur unreflektiert darauf hört,

⁸¹ Ronald Dworkin definiert »Stil« unter Verweis auf Nietzsche als »eine Lebensweise, die Sie für Ihrer Situation angemessen halten und die Sie nicht einfach unreflektiert einer Konvention oder den Erwartungen und Forderungen anderer entnehmen.« Dworkin, *Gerechtigkeit für Igel*, 2012, S. 356.

was andere meinen. Wer stets nur anderen nach dem Mund redet, hat da nichts zu sagen, wo die anderen schweigen. Ein eigenes Gespür entwickelt man nur dann, wenn man sich regelmäßig kritisch mit seinen eigenen Vorstellung im Lichte anderer Meinungen und Ansichten auseinandersetzt und die Erkenntnisse auf sich selbst zurückbezieht. Das eigene Qualitätsempfinden entwickelt sich somit durch die ständige kritische Auseinandersetzung mit objektiven und idealisierten Maßstäben. Bildet man ein solches Qualitätsempfinden aus, wird man schließlich auch dann etwas Gutes oder Richtiges schreiben können, wenn nicht gewiss sein kann, was gut und was richtig sein soll.

Ein wesentlicher Bestandteil der reflexiven Praxis ist eben diese Ausprägung eines eigenen Qualitätsempfindens sowie einer der Wahrung des eigenen Bezugs zu moralischen und ethischen Wertvorstellungen. Sofern Sie sicherstellen möchten, stets zu *guter* Rechtsanwendung in der Lage zu sein, haben Sie hiermit einen gewichtigen Grund, sich auf eine reflexive Praxis einzulassen.

Sich selbst und andere besser verstehen

Bemühungen im Umgang mit anderen führen häufig nicht zu den gewünschten Resultaten. Wo wir Verständnis herstellen wollen, erzeugen wir Unverständnis. Obwohl wir eine Übereinkunft herbeiführen wollen, verschlimmern wir den Konflikt. Anstelle von Einvernehmen und Zufriedenheit, entsteht neuer Ärger. Auf Erwartungen folgen Enttäuschungen.

Wir nehmen uns selbst anders wahr, als dies andere tun. Fakt ist, dass wir in der Eigenwahrnehmung Zugang zu internen Zuständen und Vorgängen haben, die einem Außenstehenden verwehrt sind.⁸² Emily Pronin schreibt hierzu:

... we tend to perceive ourselves via »introspection« (looking inwards to thoughts, feelings, and intentions) and others via »extrospection« (looking outwards

⁸² Pronin, Science, Vol. 320 (2008), 1177.

to observable behavior). In short, we judge others based on what we see, and ourselves based on what we think and feel.⁸³

Für uns mögen Dinge selbstverständlich sein, von denen andere nichts wissen (können). Wenn wir darauf im Umgang miteinander keine Rücksicht nehmen, kann es zu Missverständnissen und Konflikten kommen. Wir mögen wissen, was wir eigentlich meinen, doch andere sehen nur, wie wir uns verhalten oder hören nur, was wir sagen.⁸⁴

Denken wir in diesem Zusammenhang kurz über Inkompetenz nach. Es handelt sich dabei um ein unangenehmes Thema, wir leiden darunter. Entweder wir selbst sind nicht kompetent oder eben diejenigen sind es nicht, mit denen wir es zu tun haben. Allerdings wirkt Inkompetenz im Hinblick auf Geistestätigkeiten, in denen (Fach-) Wissen die Grundlage der Tätigkeit an sich darstellt,⁸⁵ in zweifacher Hinsicht. Sie führt nämlich nicht nur dazu, dass falsche, unangemessene Entscheidungen getroffen werden oder schlechte Arbeit geleistet wird, sondern darüber hinaus auch dazu, dass derjenige der inkompetent ist, die eigene Inkompetenz nicht realisiert.⁸⁶ Justin Kruger und David Dunning haben beschrieben, warum dem so ist und greifen zur Veranschaulichung auf das uns bereits vertraute Beispiel von Sprache und Grammatik zurück:

For example, consider the ability to write grammatical English. The skills that enable one to construct a grammatical sentence are the same skills necessary to determine if a grammatical mistake has been made. In short, the same knowledge that underlies the ability to produce correct judgement is also the knowledge that underlies the ability to recognize correct judgement. To lack the former is to be deficient in the latter.⁸⁷

⁸³ *Pronin, Science*, Vol. 320 (2008), 1177. Meine Übersetzung lautet: »... wir neigen dazu, uns selbst via ›Introspektion‹ (einwärts Richtung Gedanken, Gefühlen und Absichten gerichtet) und andere via ›Extrospektion‹ (nach Außen auf wahrnehmbares Verhalten ausgerichtet) wahrzunehmen. Kurz: Wir beurteilen andere auf Grundlage dessen, was wir sehen, und uns selbst auf Grundlage dessen was wir denken und fühlen.«

⁸⁴ Vgl. *Pronin, Science*, Vol. 320 (2008), 1177 (1178).

⁸⁵ *Kruger/Dunning, Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 77 No. 6 (1999), 1121 (1132).

⁸⁶ Ebd.

⁸⁷ *Kruger/Dunning, a. a. O.*, 1121 f. Meine Übersetzung lautet: »Nehmen Sie beispielsweise die Fähigkeit, grammatikalisch korrektes Englisch zu schreiben. Die Kenntnisse, die einen in die Lage versetzen, einen grammatikalisch korrekten Satz zu konstruieren, sind diesel-

Ganz gleich, ob unsere Kompetenz nicht ausreicht oder wir andere für inkompetent halten, es sind stets Wissensdefizite, die sich zu unserem Nachteil auswirken können. Wer seine eigene Kompetenz einschätzen kann, wird sich nicht so schnell überschätzen. Wer die Defizite anderer begreift, wird klüger mit anderen umgehen können. Sofern Sie also in Ihrer beruflichen Praxis auf den Umgang mit Kollegen, Mandanten oder sonstigen Beteiligten oder Betroffenen angewiesen sind, haben Sie hiermit einen sehr guten Grund dazu, sich auf eine reflexive Praxis einzulassen. Denn in einer reflexiven Praxis versuchen Sie Ihr Wissen zu artikulieren, Ihre Kompetenz zu ergründen und unter Umständen fortzuentwickeln.

Dieses Potenzial einer reflexiven Praxis ist noch in anderer Hinsicht von großer Bedeutung. Sollten Sie etwa mit der Ausbildung oder dem Mentoring anderer befasst sein, ist es unerlässlich, eine ausreichende Vorstellung davon zu haben, was Sie eigentlich wissen, und was Sie von demjenigen erwarten können, den Sie aus- oder fortbilden möchten. Denn sofern Sie in der Position sind, anderen zu zeigen, was Rechtsanwendung ausmacht, werden Sie in der Regel über einen gewissen Grad an Erfahrung, Kompetenz und bestenfalls Expertise verfügen. Damit einher geht ein ausgeprägtes implizites, internalisiertes Wissen. Wenn Sie nicht den Versuch unternehmen, sich dieses stille Wissen so gut es eben geht bewusst zu machen, laufen Sie Gefahr, Ihre Auszubildenden oder Mentees misszuverstehen und falsche Erwartungen an sie zu stellen. Wenn Sie nicht ahnen, was Sie wissen und was Ihre Fertigkeit ausmacht, werden Sie dies kaum vermitteln können. Fragen Sie sich in diesem Zusammenhang zum Beispiel:

ben Kenntnisse, die dafür erforderlich sind, feststellen zu können, ob ein grammatischer Fehler gemacht worden ist. Kurz gesagt, sowohl die Fähigkeit ein zutreffendes Urteil zu fällen als auch die Fähigkeit ein zutreffendes Urteil zu erkennen basieren auf demselben Wissen. Erstere Fähigkeit nicht zu haben heißt dann auch, unter Defiziten bei Letzterer zu leiden.«

- Warum schlagen Sie in einer bestimmten Situation eine bestimmte Seite im Gesetz auf?
- Wie lesen Sie eine gesetzliche Vorschrift, die Sie bereits in- und auswendig kennen? Können Sie eine Methode zum Lesen von Gesetzen artikulieren?
- Wie lesen Sie eine Akte? Wo blicken Sie grundsätzlich zuerst hin und wo nur selten? Warum gehen Sie so vor?
- Wie äußert sich Ihr Rechtsgefühl? Wie sind Sie dazu gekommen? Wie gehen Sie damit um?
- Wieso argumentieren Sie bei der Auslegung eines Rechtsbegriffs häufig mit dem Sinn und Zweck einer Regelung oder der Gesetzessystematik? Wie bestimmen Sie überhaupt den Sinn und Zweck einer Regelung?
- Welche Fragen stelle Sie einem hilfesuchenden Mandanten und warum stellen Sie sie? Haben Sie eine Methode?
- Woher wissen Sie, was ein überzeugendes Argument ist?
- Wie bestimmen Sie den zeitlichen Rahmen, den Sie der Bearbeitung einer Aufgabe zuweisen?
- Warum und auf welche Weise skizzieren und notieren Sie Ihre Gedanken während Ihrer praktischen Tätigkeit?
- etc.

Gehen Sie diesen Fragen auf den Grund, werden Sie feststellen, wie komplex und facettenreich selbst solche Handlungen sein können, die Sie nur noch beiläufig wahrnehmen. Dies schafft ein Bewusstsein dafür, dass diejenigen, die (noch) nicht über Ihrer Leistungsfähigkeit verfügen, Schwierigkeiten haben können, die Sie sich nicht mal mehr vorstellen können, über die Sie hinweg sind. Dies ist enorm hilfreich, denn häufig kommt es bei der Anleitung anderer nicht darauf an, ihnen Lösungen zu zeigen, sondern deren Schwierigkeiten zu begreifen. Sofern Sie also ein *besserer* Ausbilder oder Mentor sein wollen, haben Sie hiermit einen guten Grund sich auf eine reflexive Praxis einzulassen.

Gleiches gilt jedoch auch dann, wenn Sie ein *besserer* Student, Referendar oder Mentee sein wollen. Denn zu hinterfragen oder zu verstehen, welche Erwartungen Ausbilder, Prüfer oder Mentoren an einen stellen und dies mit den eigenen Fähigkeiten abzugleichen, ermöglicht es

Ihnen, sich angemessen zu verhalten, gezielter zu lernen und die richtigen Fragen zu stellen.⁸⁸

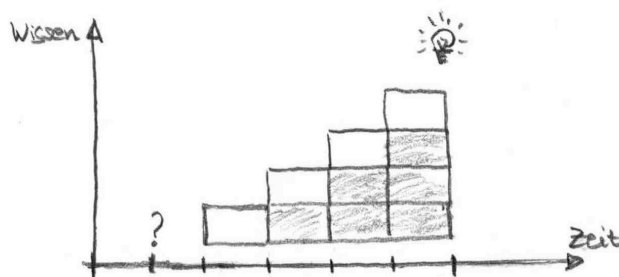
Freude am Lernen

Ziel der nachfolgenden Ausführungen ist, Sie anzuregen, darüber nachzudenken, welches Potenzial Reflexion und einer reflexiven Praxis im Kontext des Lernens zuzumessen ist. Da ich weder Psychologe noch Erkenntnistheoretiker und auch kein Neurowissenschaftler bin, werden Sie von mir keine wissenschaftlichen Wahrheiten zum Lernen erwarten dürfen. Vielmehr will ich Ihnen mein Verständnis des Lernens erläutern und Ihnen aufzeigen, wie ich Reflexion und eine reflexive Praxis in diesen Zusammenhang einordne. Bestenfalls gelangen Sie im Nachdenken über meine Ausführungen zu einem (weiteren) guten Grund, sich auf eine reflexive Praxis einzulassen. Freilich werden die Ausführungen zum Lernen für Sie von besonderem Interesse sein, wenn Sie sich noch in der juristischen Ausbildung befinden oder mit der Ausbildung anderer befasst sind. Sofern dies nicht der Fall ist, möchte ich Sie darum bitten, dennoch über das Lernen zu reflektieren, denn ich verstehe den Begriff des Lernens hier sehr weit und nicht wissenschaftlich konzentriert. Es geht nicht nur um die eingehende Beschäftigung mit Inhalten im Rahmen der Examensvorbereitung oder einer beruflichen Weiterbildung, sondern auch um das alltäglich Lernen »en passant« oder »learning by doing«. Es geht darum, praktische Erfahrungen nachzuvollziehen und zu verarbeiten, sein Fachwissen zu organisieren und so besser mit den Herausforderungen des professionellen Alltags umgehen zu können.

⁸⁸ Ich selbst habe mich als Referendar treiben lassen. In der Anwaltsstation war ich einer jungen Anwältin zugeteilt, die rückblickend nicht die beste Ausbilderin gewesen sein mag. Ich fühlte mich nicht besonders gut bei ihr aufgehoben, lernte nicht viel. Allerdings hätte ich auch einsehen müssen, dass sie als Anwältin nicht zwingend eine gute Ausbilderin sein muss und dass es nicht ihre Aufgabe war, mich zu einem guten Anwalt zu machen. Ich selbst hätte mir Gedanken über die Rolle des Rechtsanwaltes machen und mich fragen müssen, wie gute Rechtsanwendung in dieser Rolle aussehen könnte. Auf diese Weise hätten einige Missverständnisse vermieden und ich hätte wesentlich bessere Arbeit leisten können.

Prozesse in Endlosschleifen

Bis kurz vor den Klausuren des zweiten Staatsexamens hatte ich eine recht eingeschränkte Auffassung vom Lernen. Mich an den Schreibtisch zu setzen, Fachliteratur zu lesen, Wichtiges herauszuschreiben, versuchen dieses Wichtige durch schreiben und memorieren in den Kopf zu bekommen, das war für mich die Tätigkeit des Lernens. Meine Vorstellungen waren geprägt durch meine Schulbildung und meine Studienzeit. An der Schule, der Universität und erst recht in der Vorbereitung auf die Staatsexamina war Lernen in aller Regel eine unangenehme Tätigkeit, zu der ich mich stets überwinden musste. Eine Tätigkeit, gesteuert durch Lehrpläne, die mir wiederum eine Planbarkeit und Kausalität dieser Tätigkeit suggerierten, die ich tatsächlich nie erfuhr. Ich lernte, um Vorgaben zu erfüllen, die richtige Antwort *wiedergeben* zu können, um geprüft zu werden, um weiterzukommen und schließlich sogar um zu vergessen.⁸⁹ Die Ausbildungskultur, in der ich heranwuchs, verleitete mich zu dem Schluss, die Lerntätigkeit ziele auf den Abschluss eines kumulativ-linearen Prozesses ab. Ich verstand Lernen als ein gezieltes Anhäufen und gerichtetes Aufbauen.



⁸⁹ Denken Sie an Ihre Schul- und Studienzeit zurück; jeder hatte so sein Fach, das ihm nicht lag, was er nicht mochte. Hier sagte man sich, dass man noch für die Prüfung lernen müsse und dann froh sei, das endlich alles hinter sich lassen zu können. John Holt analysiert es treffend: »[School] is a place where they make you go and where they tell you to do things and where they try to make your life unpleasant if you don't do them or don't do them right. For children, the central business of school is of learning, whatever this vague word means; it is getting these daily tasks done, or at least out of the way, with a minimum of effort and unpleasantness. Each task is an end in itself.«, Holt, *How Children Fail*, 2nd ed. (1982), S. 38.

Dieses Verständnis geriet jedoch am Ende meiner juristischen Ausbildung vollkommen ins Wanken, als ich mich eingehend mit § 11 Abs. 2 Juristenausbildungsgesetz Nordrhein-Westfalen (JAG NRW) auseinandersetzte. Ich schaute mir die Aufführung der Pflichtfächer an und ließ Revue passieren, was ich bereits alles unternommen hatte, den Anforderung des Ausbildungsgesetzes gerecht zu werden. Die unzähligen Stunden, die zahllosen Bücher, endlose Wiederholungen und ernüchternde Auffrischungen. Mir wurde klar, wie wenig ich *wirklich* verstanden hatte, wie wenig ich artikulieren konnte und wie viel ich vergessen hatte. Ferner realisierte ich, dass es eigentlich noch so viel zu tun, zu lesen und zu verstehen gäbe. Mir wurde bewusst, dass ich die ganze Zeit versucht hatte, Lernziele zu erreichen, die in Wirklichkeit nicht erreichbar waren. Lernen konnte kein linear-kumulativer Prozess mit einem spezifizierbaren Abschluss sein. John Holt liefert hierfür eine plausible Erklärung:

Knowledge, learning, understanding, are not linear. They are not little bits of facts lined up in rows or piled up one on top of another. A field of knowledge, whether it be math, English, history, science, music, or whatever, is a territory, and knowing it is not just a matter of knowing all the items in the territory, but of knowing how they relate to, compare with, and fit in with each other. [...] It is the difference between knowing the names of all the streets in a city and being able to get from any place, by any desired route, to any other place.⁹⁰

Kein Wunder also, dass, ganz gleich wie viel Zeit und Mühe ich aufwendet hatte, die Erschließung von Wissensbereichen, wie etwa dem Bürgerlichen Recht Allgemeiner Teil, dem Besonderen Verwaltungsrecht oder dem Strafprozessrecht, nie zum Abschluss kam. Freilich lernte ich dazu. Neue Erkenntnisse führten zu neuen Fragen. Das Vergessen war immer ein Thema, doch einmal Verstandenes konnte ich mir mit ver-

⁹⁰ Holt, *How Children Fail*, 2nd ed. (1982), S. 179 f. Meine Übersetzung lautet: »Wissen, Lernen und Verständnis sind nicht linear. Sie bestehen nicht aus kleinen Versatzstücken von Fakten aufgereiht oder aufeinandergestapelt. Ein Wissensbereich, sei es Mathematik, Englisch, Geschichte, Naturwissenschaft, Musik und so fort, ist ein Territorium, und sich in diesem auszukennen, heißt nicht nur, alle seine Gegenstände zu kennen, sondern auch, wie diese miteinander in Beziehung stehen und zueinander passen. [...] Es entspricht dem Unterschied zwischen, der Kenntnis aller Straßennamen einer Stadt und dem Wissen, wie man in dieser Stadt auf gewissen Routen von einem Ort zu einem anderen gelangen kann.«

treibbarem Aufwand in Erinnerung rufen. Doch hatte ich nie das Gefühl, die an mich gestellten Erwartungen erfüllen zu können. Ich erkannte in aller Deutlichkeit: Ich lerne nie aus.

Diese Erkenntnis kann niederschmetternd sein, wenn man sich zum Ziel gesetzt hat, »mit Jura fertig zu werden« oder »das Lernen und die Theorie endlich hinter sich zu lassen«. Man will »doch nur in Ruhe gelassen werden« und »tut doch schon alles, was verlangt wird«. Jedoch kann uns die Erkenntnis auch zu einer interessanten andersartigen Perspektive auf das Lernen führen.

Wenn ich nicht auslerne, dann ist Lernen ein für mich endloser Prozess. Dieser Prozess resultiert in der Übertragung von Inhalten, Ideen, Vorstellungen und Erfahrungen in mein Wissen. Allerdings ist Wissen kein Informationsspeicher, der einfach abgefragt werden könnte.⁹¹ Wissen ist vielmehr selbst ein dynamischer Prozess, der es mir erlaubt, Informationen zu rekonstruieren (zu erinnern) und zu konstruieren (zu kombinieren oder abzuleiten). Wissen, so wie ich es verstehe, findet in meinem Kopf statt. Wissen ist mithin auch ein individueller und momentaner Zustand *aufgrund* eines dynamischen Prozesses.

Sinnvorstellungen, Informationen, Ideen, etc. müssen für mich verfügbar sein, um den dynamischen Prozess und den momentanen Zustand erzeugen zu können. Hierfür müssen Sie zunächst in irgendeiner Art und Weise in mein Wissen übertragen worden sein.⁹² Diese Übertragung kann auf verschiedenste Art und Weise erfolgen. Das konzentrierte Lesen und Notieren mag eine Möglichkeit sein, diese Übertragung zu fördern, doch ist sie mit Sicherheit nicht die einzige. Lernen ist somit

⁹¹ Von Foerster, Wissen und Gewissen, 1993, S. 302.

⁹² Die Vorstellung von einem Prozess der Übertragung von Sinninhalten in das Wissen entwickelte ich im Zuge der Auseinandersetzung mit Ann Blairs »cycle of transmission«, ein Konzept, dass sie im Zusammenhang mit dem Notieren als Kulturtechnik entwickelt hat: »Notes recorded from reading or experience typically contribute to one's conversation and compositions, from which others can draw in turn in their own thinking and writing, thus perpetuating a cycle of transmission and transformation of knowledge, ideas, and experiences.«, Blair, Ann, Critical Inquiry, Vol. 31, No. 1 (2004), 85. Für Blair ist das Notieren eine Aktivität, die zur Transmission, also zur Durchlassung oder Übertragung, von Wissen führt.

nicht *eine* Tätigkeit, sondern vielmehr eine heterogene Aktivität. Die Aktivität des Lernens ist in dieser Hinsicht ein *Geflecht* an Tätigkeiten und Verhaltensweisen, und zwar unter anderem:

- Denken,
- Schreiben,
- Lesen,
- Sprechen,
- Zuhören,
- Aussortieren,
- Sammeln,
- Planen,
- Aufräumen,
- Zusehen,
- Suchen,
- Fragen,
- Recherchieren,
- Archivieren,
- Bewegen,
- Ordnen,
- Kommentieren,
- Organisieren,
- Ruhen,
- Kontemplieren,
- Reflektieren,
- etc.

Alle diese Tätigkeiten können zur Übertragung von Inhalten, Ideen oder Erfahrungen in mein Wissen führen. Dabei haben wir es jedoch nicht mit festen Kausalbeziehungen zu tun. Wenn ich also den Medicus/Petersen konzentriert lese, führt dies nicht zwingend dazu, dass die von diesem Text transportierten Informationen in mein Wissen übergehen und für mich verständlich sowie zugänglich sind. Mein Wissen entsteht nicht kausal, sondern iterativ und/oder progressiv, durch eine vertiefte und vielfältige Auseinandersetzung mit einem Inhalt. Ich muss bestimmte Tätigkeiten wiederholen und mit anderen ergänzen, damit eine reichhaltige Übertragung stattfinden kann. Ich lese also nicht nur den

Medicus/Petersen, sondern schreibe mir im Anschluss an jeden Abschnitt eine kurze Zusammenfassung und tausche mich über meine Erkenntnisse mit anderen aus. Ich lese ihn erneut, lese ergänzende Texte. Nach und nach bilde ich auf diese Weise eine Sinnvorstellung aus, die langsam wächst, in Umfang und in Detailreichtum. Ein Ende hat dieser Prozess nicht, denn es gibt kein »richtiges« oder »statisches« Wissen, das, wenn es erst einmal in meinem Kopf ist, den Prozess der Übertragung beendet. Mein Wissen bleibt plastisch. Es kann sich wandeln, erweitern und entfallen, und das, bis ich nicht mehr bin. Daher kann man das Lernen auch als einen Prozess der Übertragung in Endlosschleife⁹³ begreifen. Diese Endlosschleife der Übertragung sieht wie folgt aus:



Sie sehen, dass diese Schleife keinen Anfang und kein Ende hat. Sie hat auch keinen festen Ausgangspunkt. Ihre Elemente stehen ferner in wechselseitiger Beziehung. Wir erfahren (sehen, hören, tasten, schmecken) etwas, wir denken darüber nach, versuchen unsere Vorstellungen zu artikulieren oder ihnen entsprechend zu handeln. Während wir handeln und uns artikulieren, machen wir wiederum Erfahrungen und so fort. Wir sind dabei, was man in Anlehnung an Heinz von Foerster, ein *nicht triviales* erkennendes Subjekt nennen kann:⁹⁴ Die vorausgegan-

⁹³ Darauf, den Prozess der Übertragung als einen Prozess in Endlosschleife zu sehen, bin ich durch eine Kombination von Ann Blairs »cycle of transmission«, Argyris und Schöns Konzept »double loop learning« sowie Hofstaedters mathematisch logischen Überlegungen zum endlos geknüpften Band gekommen; Blair, Ann, Critical Inquiry, Vol. 31, No. 1 (2004), 85 f.; Argyris/Schön, Theory in Practice, 1974, S. 18 f.; Hofstadter, Gödel Escher Bach, 14. Auf. (2013).

⁹⁴ Von Foerster schreibt von nicht trivialen Maschinen, vgl. von Foerster, Wissen und Gewissen, 1993, S. 206 f.

nen Vorgänge unserer Erfahrungen und ihrer Deutung legen die gegenwärtigen Reaktionen fest, da sich mit jeder Wahrnehmung und Deutung unsere internen kognitiven Strukturen anpassen können.⁹⁵ Wir lernen dazu. Wir übertragen Erfahrungen, Gedanken, Ideen und Vorstellung in unser Wissen. Reflexion ist meiner Ansicht nach eine der essenziellen kognitiven Funktionen, welche diese Übertragung in unser Wissen fördern. Beachten Sie den Unterschied zwischen dem bloßen Nachdenken und dem Reflektieren. Letzteres besteht auch darin, sich selbst und eigene Erfahrungen in die Überlegungen miteinzubeziehen. Ich frage mich also, was die Erfahrungen und Erkenntnisse *für mich bedeuten* oder wie sie *für mich nutzbar* sein könnten. Über das Gelernte, das Noch-zu-Lernende und das Lernen an sich zu reflektieren, führt auf diese Weise zu weiteren Erkenntnissen, die wiederum unsere Erfahrungen und Artikulation anreichern.

Die Endlosschleife ist freilich nur eine Metapher. Allerdings eine durchaus nützliche, denn Sie können sie als Maßstab verwenden, wenn Sie über das Lernen reflektieren. Die Übertragung wird um so wirkungsvoller ausfallen, je ausgewogener das Verhältnis der Schleifen ist. Wer nur liest (erfährt), dabei kaum notiert oder nicht darüber spricht (artikulierte) und nur wenig über das Gelesene nachdenkt und überhaupt nicht reflektiert, wird nur wenig sowie oberflächliches Wissen ausbilden.

Im Hinblick auf das langfristig angelegte juristische Lernen kann die Metapher der Endlosschleife der Übertragung zudem zu einer positiven Einsicht führen. So kann man sich von der Vorstellung lösen, dass Lernziele statische Vorgaben seien, die zwingend erfüllt werden müssten.⁹⁶ Im Hinblick auf die relative Endlosigkeit des Prozesses der Übertragung

⁹⁵ Vgl. von Foerster, Wissen und Gewissen, 1993, S. 207.

⁹⁶ Das ist in zweierlei Hinsicht positiv. Zum einen entkräftet es die Erwartung, mit dem juristischen Lernen fertig zu werden – eine Erwartung, die letztlich nicht erfüllt werden kann und den Lernenden daher nur unnötig unter Druck setzt und Enttäuschungen bedingt. Zum anderen wird klar, dass die geplante Prüfungsvorbereitung durchaus ihren Sinn und Zweck haben mag, die in ihrem Zuge erreichten Lernziele jedoch nur sehr eingeschränkt darüber etwas aussagen werden, was tatsächlich zu Wissen des Lernenden geworden ist. Auch hier werden Erwartungen an den Lernprozess entkräftet, die in aller Regel zu Enttäuschung und Ernüchterung führen (»Ich habe doch zwei Staatsexamina, wieso kann ich das nicht?«).

gilt vielmehr, dass wir uns auf die Ausgewogenheit und Wirksamkeit des Prozesses selbst konzentrieren sollten und nicht auf sein vermeintliches Produkt. Auf diese Weise können wir Lernziele zu Instrumenten umdeuten, die uns Tendenzen vorgeben. Indem wir versuchen Sie zu erreichen, steuern wir unsere Bemühungen in eine konkrete Richtung und legen dabei ein gewisses Tempo vor. Wir mögen durch unsere Bemühungen zwar das Ziel nie endgültig erreichen, doch durch sie den Prozess der Übertragung antreiben und gezielt ausgestalten. Dies führt zu mehr Freude am Lernen, denn so wird der Weg zum Ziel, und dieses Ziel ist tatsächlich auch greif- und erreichbar.

Der Prozess der Übertragung beschreibt abstrakt, *was* zur Ausbildung von Wissen geschehen muss. Von großem Interesse ist auch, *wie* wir Wissen ausbilden können. Ich will an dieser Stelle jedoch nicht auf spezifische Lerntechniken zu sprechen kommen.⁹⁷ Vielmehr möchte ich mit Ihnen darüber reflektieren, wie wir idealerweise lernen sollten und welche Rolle Reflexion und eine reflexive Praxis dabei einnehmen.

Lernen sollte Sinn hervorbringen, dazu sollten wir bestenfalls sinnvoll Lernen. Was man darunter verstehen kann, erläutert Joseph D. Novak:

Meaningful learning results when the learner *chooses* to relate new information to ideas the learner already knows. Its quality is also dependent upon the conceptual richness of the new material to be learned and the quantity and quality of the organization of the relevant knowledge held by the learner.⁹⁸

Sinnvolles Lernen ist demnach bewusstes Lernen und auf Verknüpfungen wie Abgrenzungen ausgerichtet. Sinnvolles Lernen ist auf Ver-

⁹⁷ Hierunter verstehe ich methodische Vorgehensweisen, die auf die Aneignung spezifizierter Inhalte und Fertigkeiten ausgerichtet sind. Sie sind objektiviert, replikabel und sollen zudem gewährleisten, dass die Erreichung von Lernzielen durch die Lerntechnik nachgewiesen werden kann.

⁹⁸ Novak/Gowin, *Learning how to Learn*, 23rd ed. (2008), S. 23. Meine Übersetzung lautet: »Sinnvolles Lernen erfolgt, wenn der Lernende sich bewusst dazu entschließt, neue Informationen mit Ideen zu verbinden, über die er bereits verfügt. Die Qualität des Lernvorgangs hängt auch von der konzeptuellen Reichhaltigkeit der neu zu lernenden Inhalte sowie der Menge und Qualität der Organisation des relevanten Wissens des Lernenden ab.«

ständnis ausgerichtet.⁹⁹ Auch in dieser Hinsicht ist Lernen keine endliche Aktivität. Denn Qualität und Quantität unseres (subjektiven) Wissens sind nicht absolut und vorbestimmt, sondern relativ und wandelbar.¹⁰⁰ Ausgehend von dieser Prämisse und den Ansätzen Novaks bin ich zu der Ansicht gelangt, dass sich auch das sinnvolle Lernen als ein Prozess in Endlosschleife¹⁰¹ beschreiben lässt:



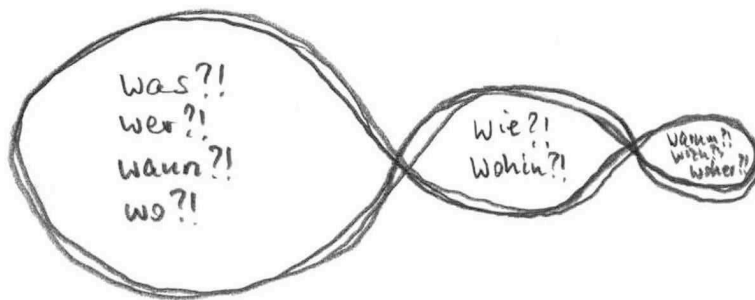
So gesehen ist sinnvolles Lernen ein endloser Prozess, der eine vertiefte Auseinandersetzung mit Sinninhalten zum Gegenstand hat. Diese Auseinandersetzung entspricht bestenfalls einem ausgewogenen Wech-

⁹⁹ Was Verständnis sein mag, erläutert Holt: »I feel I understand something if I can do some, at least, of the following: (1) state it in my own words; (2) give examples of it; (3) recognize it in various guises and circumstances; (4) see connections between it and other facts or ideas; (5) make use of it in various ways; (6) foresee some of its consequences; (7) state its opposite or converse.«, *Holt, How Children Fail*, 2nd ed. (1982), S. 177.

¹⁰⁰ Die Philosophin und Erkenntnistheoretikerin Andrea Kern schreibt in diesem Zusammenhang: »Wir versuchen zu verstehen, wie es möglich ist, dass Wesen, die darin unvollkommen sind, dass sie sich irren können, dennoch Wissen haben können. Denn genau das, nämlich die Möglichkeit des Irrtums, macht die Möglichkeit von Wissen zu einer Frage, deren Beantwortung wenigstens nicht offensichtlich ist. Wären wir Wesen, die sich prinzipiell nicht irren können, würde die Frage, wie wir Wissen haben könnten, gar nicht aufkommen. Die Möglichkeit von Wissen wäre trivialerweise dadurch sichergestellt, dass wir unfehlbar sind. Wenn es von vornherein ausgeschlossen ist, dass man sich irren kann, dann ist genau dadurch sichergestellt, dass alles was man glaubt, etwas ist, das man weiß.«; *Kern, Quellen des Wissens*, 2006, S. 9 f.

¹⁰¹ Die Überlegungen zur Endlosschleife der Übertragung führten mich umgehend zur Endlosschleife des sinnvollen Lernens. Ausgangspunkt hierfür sind neben *Novak/Gowin, Learning how to Learn*, 23rd ed. (2008), daher auch *Blair, Ann, Critical Inquiry*, Vol. 31, No. 1 (2004), 85 f.; *Argyris/Schön, Theory in Practice*, 1974, S. 18 f.; *Hofstadter, Gödel Escher Bach*, 14. Auf. (2013). Vergleiche hierzu auch Fn. 93.

selspiel der verschiedenen Frage- und Erkenntnismöglichkeiten. Die linke Schleife der Skizze bezieht sich auf Fakten, die mittlere auf Funktionalität und Entwicklung und die rechte auf Kontext und Entstehung. Die Endlosschleife insgesamt hat nicht nur kein Ende, sondern auch keinen Anfang. Die Fragen stehen nicht in einer bestimmten Abfolge. Auf ein »Wie?!« zum Einstieg kann die Frage nach dem »Was?!« folgen und umgekehrt. Aus der daraus folgenden Erkenntnis das »Warum?!« und so weiter. Sofern die Schleifen dieses Endlosprozesses vom Lernenden in ein angemessenes Verhältnis gebracht werden können, wird er sinnvoll lernen, ausgerichtet auf die Integration von neuen Sinninhalten in sein Wissen, auf den Ausbau von Zusammenhängen und die Definition von Abgrenzungen. Auch diese Schleife können Sie als eine Art »Reflexionsmaßstab« verwenden. Wer stets nur nach dem »Was?!« fragt und das »Wie?!« und dem »Warum?!« vernachlässigt, kann nicht sinnvoll lernen. Was das heißt, zeigt ein Blick auf das Gros der Examenskandidaten. Angesichts der Anforderungen des § 11 Abs. 2 JAG NRW sind sie dermaßen damit beschäftigt, sich Rechtskenntnisse in Form von Fakten und Rezipierbarem anzueignen, dass sie keine Zeit und keine Kraft mehr haben für die Auseinandersetzung mit dem »Wie?!« und dem »Warum?!« Das erklärt den Stellenwert von Fächern wie der Rechtsphilosophie, der Rechtstheorie und vor allem der Rechtsgeschichte. Doch was sagt das über unsere juristische (Aus-) Bildungskultur aus?



Die besondere Denkform der Reflexion und mithin auch eine reflexive Praxis zielen insbesondere auf Fragen und Erkenntnisse der mittleren und letzten Schleifen ab. Reflektieren wir, fragen wir nach dem »Wie?!«, dem »Wohin?!«, dem »Warum?!«, dem »Wozu?!« und dem »Woher?!«

Diese Fragen ergründen Verhalten, Hintergründe und Erklärungen. Diese Fragen machen sinnvolles – weil reflexives – Lernen erst möglich.

Sofern Sie an der bewussten Ausbildung Ihres Fachwissens sowie an einer gezielten Anpassung Ihrer professionellen Fortentwicklung interessiert sind, haben Sie hiermit einen sehr guten Grund, sich auf eine reflexive Praxis einzulassen. Machen Sie sich bewusst, dass es hierbei um die Freude am Lernen und die damit einhergehende Zufriedenheit geht.

Lernen für den Transfer

Spekulieren wir über das entscheidende Problem des juristischen Lernens: Nehmen wir etwa eine Gruppe von 100 Kandidaten auf das erste Staatsexamen.¹⁰² Hiervon bereiten sich 98 mit hohem Aufwand auf die Prüfungen vor. Zwei von 100 mögen faul sein, doch der Rest lernt mehrere Stunden pro Tag, manchmal sechs bis sogar sieben Tage die Woche. Sie besuchen Repetitorien, bilden Lerngruppen, schreiben unzählige Probeklausuren. Manche nehmen gar individuelle Nachhilfe in Anspruch. Wir können also grundsätzlich davon ausgehen, dass wir es mit fleißigen Kandidaten zu tun haben. Diese Kandidaten sind nicht ungebildet, sie haben das Abitur vorzuweisen sowie – in aller Regel – ein Hochschulstudium abgeschlossen. Wie kann es sein, dass von diesen 100 Kandidaten 30 durchfallen? Wie kann es sein, dass von den 70, die bestanden haben, 50 Kandidaten nicht über die Note Befriedigend hinauskommen? Wie kann es sein, dass die Durchschnittspunktzahl *aller* Examenkandidaten unterhalb der Hälfte der möglichen Gesamtpunktzahl bleibt?

¹⁰² Diese Spekulation beruht auf den Zahlen der Ausbildungsstatistik der juristischen Staatsprüfung 2015; *Bundesamt für Justiz*, Ausbildungsstatistik zur Juristischen Prüfung im Jahre 2015, abrufbar im Internet: <https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/Justizstatistik/Juristen/Ausbildung_node.html;jsessionid=F294CooF461491C37054D500EC8A0100.2_cid386>, zuletzt abgerufen am 24. April 2017. Allerdings geht es mir hier nicht um die Erläuterung oder Erklärung statistischer Werte. Vielmehr halte ich die von mir angeführten Zahlen lediglich für exemplarisch für die *grundsätzliche* Leistungsbewertung im ersten Staatsexamen.

Mögliche Erklärungen sind etwa:

1. Die juristische Prüfung ist derart schwierig, dass bessere Noten ausgeschlossen sind. Die Noten spiegeln somit relativ verlässlich die Verteilung des intellektuellen Leistungspotenzials innerhalb der Gruppe an Prüfungskandidaten wieder.
2. Die juristische Prüfungspraxis ist willkürlich. Die Durchschnittsnoten sind es damit auch.
3. Die überwiegende Mehrzahl der Prüfungskandidaten bereitet sich nicht angemessen auf die Staatsprüfung vor. Selbst eine Vielzahl derjenigen, die ansprechende Leistungen zeigen, könnten besser sein.

Was denken Sie? Ich bin der Überzeugung, dass sich die überwiegende Mehrzahl an Prüfungskandidaten nicht richtig auf die Staatsprüfungen vorbereitet. Die juristische Prüfung mag stellenweise willkürlich und (zu) schwierig sein, das entscheidende Problem des juristischen Lernens ist meiner Ansicht nach jedoch der (ausbleibende) Transfer des Erlernen.

Unter Transfer verstehe ich mit Bezug auf Robert E. Haskell die Verwendung von Erlerntem in neuen, ähnlichen und andersartigen Situationen.¹⁰³ Wir tragen (*ferre*) unser Wissen auf neue Situationen herüber (*trans*).¹⁰⁴ Der Transfer von Erlerntem beinhaltet jedoch auch stets ein Element der Transfer- oder Anpassungsleistung. Diese Leistung mag verschwindend gering sein. Entscheidend ist jedoch, dass wir beim Transfer etwas Neues oder Anderes machen: Wir *verwenden* unser Wissen, wir *wenden* es nicht bloß an.¹⁰⁵ Transfer ist mithin nicht bloß ein kognitiver Mechanismus, sondern eine Art und Weise der Wahrnehmung und des Denkens.¹⁰⁶ Das Interessante am Transfer ist, dass

¹⁰³ Haskell, *Transfer of Learning*, 2001, S. xiii.

¹⁰⁴ Haskell, a. a. O., S. 24.

¹⁰⁵ Haskell schreibt: »... I would like to note that what I consider to be significant transfer is transfer that requires the learning of something new in order to make the transfer. [...] Without the requirement of new learning, the transfer in my view is not transfer but simply applying the *same* learning.«; Haskell, a. a. O., S. 30.

¹⁰⁶ Vgl. Haskell, a. a. O., S. 23.

obschon ein Großteil unserer alltäglichen Denk- und Verhaltensweise auf ihm beruht,¹⁰⁷ er uns nicht immer leichtfällt. Er kann uns sogar außerordentlich schwerfallen. Das gilt insbesondere dann, wenn es um Inhalte geht, die wir uns mühsam in formalen Kontexten angelernt haben.¹⁰⁸ Sie mögen 13 Jahre ihres Lebens die mathematische Schulbildung genossen haben und dennoch nicht in der Lage dazu sein, mathematische Grundlagen wie Prozentrechnung, Flächenberechnung oder die Mengenlehre in Ihrem Alltag zu verwenden. Sie mögen einen Erste-Hilfe-Kurs oder ein Rhetorikseminar belegt haben und im Ernstfall nicht wissen, wie Sie ein Leben retten oder eine ansprechende Rede halten. Ein Grund hierfür kann sein, dass das Erlernte eng mit dem Kontext der Lernsituation verbunden ist.¹⁰⁹ Was wir in einem Hörsaal oder in einem bestimmten Fachbereich lernen, belassen wir dort. Wir betten es nicht dergestalt in unser Wissen ein, dass wir es auf andere Kontexte und (Anwendungs-) Situationen übertragen könnten.¹¹⁰ Wir versäumen es, die Voraussetzungen für zukünftigen Transfer zu schaffen.

Für Juristen ist dies unverzeihlich, denn jede Rechtsanwendung ist letztlich auch eine Transferleistung: Jeder Einzelfall ist auf seine Art einzigartig und bedarf stets, dass wir juristische Informationen und unser Wissen auf die neue Situation übertragen. Irgendwie müssen wir immer irgendetwas anders oder neu machen. In der beruflichen Praxis können wir nicht davon ausgehen, dass wir die Lösung eines Falles kennen und dass wir die uns bekannte Lösung einfach anwenden können.¹¹¹ Vielmehr müssen wir Lösungsmöglichkeiten anpassen und passend machen. So einleuchtend dies auch klingen mag, leider entspricht dem nicht die allgemeine Vorgehensweise zur Vorbereitung auf die Staatsexamina. Hier werden Fälle und Lösungen gelernt, als könnten Problem- und Lösungsmuster in der Examenssituation ohne Weiteres angewendet

¹⁰⁷ Haskell nennt als Beispiel die alltägliche Gesprächsführung über Ereignisse und Menschen; *Haskell, Transfer of Learning*, 2001, S. 57 ff.

¹⁰⁸ *Haskell*, a. a. O., S. 9 ff.

¹⁰⁹ Vgl. *Haskell*, a. a. O., S. 10.

¹¹⁰ Vgl. *Haskell*, a. a. O., S. 173.

¹¹¹ Es mag sein, dass dies in Massenverfahren und simplen Routinefällen möglich ist. Diese Art von schematisierbarer Rechtsanwendung ist für uns jedoch nicht von besonderem Interesse, da sie letztlich auch von Sachbearbeitern durchgeführt oder sogar vollständig digitalisiert werden kann.

werden. Allerdings hat die Examenssituation etwas mit der beruflichen Praxis gemeinsam, und zwar die sehr geringe Wahrscheinlichkeit, einem Fall zu begegnen, den man tatsächlich in *identischer* Form schon einmal erfolgreich bearbeitet hat. Daher ist es verfehlt, seine Vorbereitung auf die gezielte Anwendung von Lösungsmustern auszurichten. Trotz allem hat das Gros der Prüfungskandidaten Angst davor, die Lösung eines Falles nicht zu kennen. Das führt dazu, dass so viele Fälle und Lösungen wie möglich gelernt werden. Auf jede Frage will man auch eine Antwort parat haben. Meiner Ansicht nach verkennt man dabei jedoch, worum es wirklich geht. Wir können zwar viele Lösungen, jedoch niemals alle denkbar möglichen Fälle kennen. Daher sollten wir uns auch darauf konzentrieren, wie wir uns verhalten, wenn wir den Fall nicht kennen. In der juristischen Ausbildung soll ich also nicht lernen, wie ich Lösungen auf Fälle anwenden kann, sondern vielmehr, wie ich mit bereits bekannte Lösungen in mir unbekannten Fällen *verwenden* kann. Man setze beim Lernen also nicht »auf Lücke« sondern lerne auf die Lücke hin. Das ist Lernen für den Transfer. Und dieses Lernen kann man lernen und gezielt praktizieren.

Robert E. Haskell hat elf Voraussetzungen für den Transfer aufgestellt und analysiert.¹¹² Ich habe diese Voraussetzungen im Hinblick auf das juristische Lernen leicht modifiziert und möchte Sie Ihnen nachfolgend als Handlungsanweisungen präsentieren. Dabei will ich Sie keinesfalls belehren. Meiner Ansicht nach ist jedoch die Darstellung mittels konkreter Aufforderungen zu bestimmten Vorgehensweisen besonders anschaulich. Verstehen Sie das Nachfolgende somit eher als eine Art

¹¹² Hier seine Voraussetzungen im Überblick: » 1. Acquire a large primary knowledge base in the area in which transfer is required [...]. 2. Acquire some level of knowledge base in subjects outside the primary area [...]. 3. Understand what transfer is and how it works. 4. Understand the history in the area(s) that transfer is wanted [...] 5. Acquire motivation, or more specifically, a »spirit of transfer« [...]. 6. Develop an orientation to think and encode learning in transfer terms [...]. 7. Create cultures of transfer or support systems [...]. 8. Understand the theory underlying the area(s) in which we want to transfer [...]. 9. Engage in hours of practice and drill [...]. 10. Allow time for the learning to incubate. 11. Observe and read the works of people who are exemplars and masters of transfer thinking.«, Haskell, *Transfer of Learning*, 2001, S. XV mit weiteren Verweisen auf weitere Ausführungen innerhalb seines Buches.

Checkliste, mit der Sie Ihr Verständnis vom Lernen für den Transfer abgleichen können:

- 1) Entwickeln Sie ein Bewusstsein für und eine Geisteshaltung gegenüber dem Transfer. Verstehen Sie was Transfer ist und welche Voraussetzungen er mit sich bringt.¹¹³ Reflektieren Sie darüber und inwieweit Ihr Denken und Verhalten Transfer begünstigt oder blockiert. Fragen Sie sich, inwiefern das sinnvolle Lernen das Lernen für den Transfer bedingt und umgekehrt.
- 2) Eignen Sie sich eine große und wohlstrukturierte juristische Wissensbasis an.¹¹⁴ Hier gibt es keine Abkürzungen; Juristen müssen über enorm umfangreiche Rechts- und Sachkenntnisse verfügen. Es gilt tatsächlich der Allgemeinplatz »je mehr, desto besser«.¹¹⁵ Denn je mehr transferiert werden kann, desto höher fällt die Wahrscheinlichkeit aus, dass ein erfolgreicher Transfer gelingt.¹¹⁶ Auch wenn es häufig anders suggeriert wird, reicht es nicht aus, sich auf Techniken, Methoden und Prinzipien zu konzentrieren.¹¹⁷ Sie müssen sich auch scheinbar irrelevantes Faktenwissen aneignen, mit diesem umgehen und es eventuell vergessen.¹¹⁸ Denn letztlich sind Methoden, Theorien und Prinzipien nichts anderes als der souveräne Umgang mit irrelevanten Informationen; es handelt sich um Selektionsmechanismen. Wollen Sie sich diese Mechanismen aneignen, müssen Sie die Selektion üben.¹¹⁹ So wird es Ihnen schließlich möglich, ohne großen kognitiven Aufwand, das Relevante vom Irrelevantem zu unterscheiden und sich auf

¹¹³ Vgl. *Haskell*, *Transfer of Learning*, 2001, S. XV, 115 ff.

¹¹⁴ Vgl. *Haskell*, a. a. O., S. XV, 95 ff.

¹¹⁵ *Haskell*, a. a. O., S. 97.

¹¹⁶ Es gibt eine Mär vom Jurastudium die besagt, dass Jurastudierende nur auswendig lernen würden. Dieser Mär wird häufig entgegengesetzt, dass sie überhaupt nicht zutreffe. Juristen müssten eigentlich gar nichts auswendiglernen, sondern nur wissen wo was steht und wie man es gegebenenfalls anwendet. Systematik und Methode seien entscheidend. Ich denke, beides ist in Anbetracht der Ausführungen zum Transfer so zutreffend wie falsch. Richtig ist, dass es auf die Ausgewogenheit von Rechtskenntnissen und Methodenwissen ankommt.

¹¹⁷ Vgl. *Haskell*, a. a. O., S. 96.

¹¹⁸ Vgl. *Haskell*, a. a. O., S. 102 ff.

¹¹⁹ Vgl. *Haskell*, a. a. O., S. 106.

das Relevante zu konzentrieren. So lernen Sie auch, wie man das Richtige vergisst und das Wichtige behält.

- 3) Üben Sie den Umgang mit juristischen Theorien, begreifen Sie sie, wenden Sie sie an, bilden Sie eigene Theorien.¹²⁰ Juristische Theorien – hier nicht zu verwechseln mit Ihrer individuellen Theorie von praktischer Rechtsanwendung – ermöglichen komplexes Denken auf hintergründiger Ebene über das Oberflächliche hinaus. Theorien strukturieren Ihr Fachwissen und dienen als Selektionsfilter. So kann etwa der theoretische Hintergrund des Gefahrbegriffes im Polizeirecht enorm hilfreich sein, wenn Sie eine im Einzelfall eine Ermessenentscheidung im Hinblick auf einen möglichen Fehlgebrauch überprüfen müssen. Wissen Sie also um die zeitliche, die perspektivisch-personelle, die sachliche sowie schließlich die quantitative Dimension¹²¹ einer potentiellen Gefahr, können Sie auf Maßgaben und Orientierungswerte zurückgreifen, welche es Ihnen erleichtern, die Vertretbarkeit der Entscheidung zu analysieren und zu beurteilen. Entscheidend dabei ist, dass Ihnen dieses theoretische Hintergrundwissen auch dann Feedback für Ihre Entscheidung liefert, wenn Ihnen Rechtskenntnisse und Faktenwissen nicht weiterhelfen, weil nicht gewiss sein kann, wie die zu bearbeitende Fallkonstruktion am Ende aufgelöst werden sollte.¹²²
- 4) Befassen Sie sich mit Rechtsgeschichte, entwickeln Sie Interesse für die Entstehungsgeschichten von Normen, Theorien und dogmatischen Konzepten.¹²³ Rechtsgeschichte ist letztlich nichts anderes als eine Geschichte des Transfers. Sie offenbart, wie Juristen zuvor und bisher Fachwissen und juristische Fachinhalte in neuen und unbekannten Situationen angewendet haben. Sie demonstriert, wie das Recht auf neue soziale Strömungen und Entwick-

¹²⁰ Vgl. Haskell, a. a. O., S. XV, 153 ff.

¹²¹ Siehe Porscher/Rusteberg, JuS 2011, 984 (987 ff.).

¹²² Haskell, a. a. O., S. 155: »Theoretical knowledge provides us, simultaneously, with a) a rule to guide our transfer and b) a framework to constrain runaway transfer. [...] Theoretical knowledge creates the constraints or *balancing feedback*, it's our hedge against a runaway system of thinking.«

¹²³ Vgl. Haskell, a. a. O., S. XV, 76.

lungen reagiert und wie Rechtsanwender ihr Vorgehen an neue Situationen anpassen.

- 5) Beobachten Sie (andere) juristische Experten. Lesen Sie Ihre Texte, hören Sie sich an, was sie zu sagen haben.¹²⁴ Achten Sie darauf, wie sie das tun und fragen Sie sich, warum dem so sein könnte. Achten Sie darauf, wie diese Experten ihr Wissen transferieren und fragen Sie sich, wie Ihr eigenes Vorgehen dem gegenübersteht.
- 6) Bilden Sie ein eigenes Qualitätsempfinden in Bezug auf die praktische Rechtsanwendung aus. Fragen Sie sich, was eine gelungene Transferleistung ausmacht und inwiefern eine solche *gute* Rechtsanwendung bedingt.
- 7) Wenden Sie Zeit und Mühe für Drill und Übung von Fachkenntnissen und methodischen Fähigkeiten auf.¹²⁵ Drill ist auf die Internalisierung von Stimulus und Respons ausgerichtet und wird durch stetes Wiederholen und Wiedergeben praktiziert.¹²⁶ Er dient dazu, kognitiven wie zeitlichen Aufwand während der praktischen Rechtsanwendung zu minimieren.¹²⁷ Lernen Sie beispielsweise Definition oder Standardformulierungen auswendig, brauchen Sie zu gegebener Zeit nicht mehr über diese nachdenken und können Sie ohne Weiteres anwenden. Demgegenüber beinhaltet die Übung eine – wenn auch noch so geringe – Transferleistung. Schreiben Sie etwa eine Probeklausur, müssen Sie Ihr bisheriges Wissen auf den Einzelfall transferieren. Übung ist mithin nicht nur auf die Aneignung von Fachkenntnissen, und besonderen Fertigkeiten ausgerichtet, sondern auch auf den Transfer selbst.
- 8) Eignen Sie sich eine große, nicht-juristische Wissensbasis an und kultivieren Sie diese.¹²⁸ Transfer setzt das Denken in Analogien, Metaphern und Parabeln voraus. Um denken zu können, »Das ist ja genauso wie ...« brauchen Sie vielfältige und reichhaltige Kenntnisse auch außerhalb der Juristerei.

¹²⁴ Vgl. Haskell, *Transfer of Learning*, 2001, S. XV.

¹²⁵ Vgl. Haskell, a. a. O., S. XV, 171 ff.

¹²⁶ Haskell, a. a. O., S. 173 ff.

¹²⁷ Haskell, a. a. O., S. 178.

¹²⁸ Vgl. Haskell, a. a. O., S. XV, 105 f.

- 9) Nehmen Sie sich Zeit.¹²⁹ Akzeptieren Sie, dass sich Ihr Wissen langsam ausbildet, dass manche Dinge sacken müssen und dass manche öfter wiederholt werden müssen als andere.
- 10) Reflektieren Sie regelmäßig und gezielt. Reflektieren Sie über das Lernen, den Transfer, Ihre Tätigkeit, Ihre Wahrnehmung, Ihr Empfinden. Fragen Sie sich, was Transfer für Sie bedeutet und wie Sie diesen fördern können.

Das Lernen auf den Transfer setzt sich mithin aus vielfältigen Zielen und Aktivitäten zusammen. Dabei ist – wie auch schon beim Prozess der Übertragung und dem des sinnvollen Lernens – die Ausgewogenheit der Ziele und Aktivitäten entscheidend. Wenden wir uns nochmal meiner eingehenden Annahme zu, dass sich das Gros der Examenskandidaten nicht richtig auf die Staatsprüfungen vorbereitet und betrachten sie mit Blick auf die Voraussetzungen des Lernens für den Transfer. Viele dieser Voraussetzungen werden von fast allen Examenskandidaten schon erfüllt. Sie versuchen, sich eine möglichst große Wissensbasis anzueignen, sie lernen Theorien und Prinzipien, sie üben, sie unterziehen sich dem Drill, sie beobachten und imitieren das Verhalten und die Äußerungen juristischer Experten. Allerdings vermögen sie es nicht, diese Aktivitäten auf den Transfer auszurichten und sinnvoll zu ergänzen und anzureichern. Die Aufzählung der Voraussetzungen des Lernens für den Transfer sollte deutlich gemacht haben, dass es wesentlich darauf ankommt, ein Bewusstsein für den Transfer zu entwickeln, also auf ihn hin lernen zu wollen. Es geht darum, zu begreifen, dass es nicht bloß um die Anwendung von Wissen, sondern um seine Verwendung geht. Die erfolgreiche Verwendung von Wissen setzt jedoch voraus, dass wir uns bewusst sind, dass wir etwas dafür leisten müssen, was über seinen Gehalt hinausgeht. Dieses Bewusstsein entwickeln wir in der Reflexion über das juristische Lernen und die praktische Rechtsanwendung. Reflexion ist somit der Schlüssel zu ausgewogenem Lernen, zu sinnvollem Lernen und zum Lernen für einen gelungenen Transfer. Sofern Sie sich in der juristischen Ausbildung befinden, gute Klausuren schreiben und ein

¹²⁹ Haskell, Transfer of Learning, 2001, S. XV.

guter Rechtsanwender werden wollen, haben Sie hiermit einen wichtigen Grund sich auf eine reflexive Praxis einzulassen.

Sollten Sie bereits in der beruflichen Praxis tätig sein, haben Sie hoffentlich Freude an professionellen Herausforderungen. Sofern juristische Arbeit für Sie immer dann interessant wird, wenn eine Situation neu, unbekannt und/oder ihr Ausgang ungewiss ist, haben Sie im Hinblick auf die überragende Bedeutung des Transfers einen weiteren guten Grund sich auf eine reflexive Praxis einzulassen.

Mentale Simulationen

Wer eine reflexive Praxis ausübt, reflektiert nicht bloß über vergangene Erfahrungen der praktischen Rechtsanwendung. Wir reflektieren auch über zukünftige Anwendungssituationen und versuchen, eine persönliche Idealvorstellung von praktischer Rechtsanwendung zu gewinnen. Wir bilden uns unsere eigene Theorie des juristischen Denkens und Handelns. Dies erfordert, dass wir uns intensiv und wiederholt mit der Situation der praktischen Rechtsanwendung auseinandersetzen: Wie wir sie erleben, was sie uns abverlangt, wie wir ihr begegnen. Dazu gehen wir sie wieder und wieder in Gedanken durch. Anders ausgedrückt: Wir simulieren die praktische Rechtsanwendung in Gedanken.

Die mentale Simulation künftiger Anwendungssituationen ist eine besondere Form der Reflexion.¹³⁰ Sobald Sie sie bewusst zum Einsatz bringen können, eröffnen sich Ihnen vielfältige Erkenntnismöglichkeiten. Sie ist vergleichbar mit der Visualisierung bevorstehender Handlungen, wie sie etwa von Leistungssportlern praktiziert wird. Ein Beispiel hierfür ist der Probeschwung eines Golfers. Dabei stellt er sich den nächsten Schlag vor, er versetzt sich in ihn hinein. Er versucht sich vorzustellen, wie es sich anfühlt den Ball zu treffen, durch ihn hindurch zu gehen, wie die Flugbahn des Balles verlaufen, wie er aufkommen und ausrollen wird. All das dient der Konzentration und Einstimmung, aber auch einer vorweggenommenen Fehlerkorrektur. So können Sie auch über die Rechtsanwendung nachdenken. Wie das genau erfolgen kann,

¹³⁰ Vgl. hierzu *Haskell*, *Transfer of Learning*, 2001, S. 178.

ist Gegenstand der noch folgenden Schritte hin zu einer reflexiven Praxis.

Hervorzuheben ist an dieser Stelle jedoch das besondere Potenzial, was eine reflexive Praxis durch das Praktizieren mentaler Simulationen für Sie entfalten kann. In der beruflichen Praxis können Sie sich auf wichtige Aufgaben einstimmen, Sie in Gedanken durchspielen und werden so souveräner mit ihnen umgehen können. Sie entwickeln so nämlich schon eine ungefähre Ahnung, was tatsächlich auf Sie zukommen kann und bilden so ein besonderes Gespür für die jeweilige Situation aus.

Etwas anschaulicher ist dieses Potenzial einer reflexiven Praxis für Examenskandidaten. Für sie ist es nämlich eine allgemeine wie anerkannte Praxis, so viele Probeklausuren wie möglich zu schreiben, bevor man in die Prüfung eintritt. Einige Kandidaten schreiben bis zu 100 dieser Klausuren, wobei hierfür jeweils fünf Stunden aufgewendet werden müssen. Probeklausuren wollen jedoch nicht nur geschrieben, sondern auch vor- und nachbereitet werden. Eine ertragreiche Vor- und Nachbearbeitung nimmt ungefähr drei Stunden in Anspruch. Folglich muss man für eine Probeklausur mindestens acht Stunden reine Arbeitszeit aufwenden. Wer nun insgesamt den Mittelwert von etwa 60 Klausuren erreicht, hat damit ganze 480 Stunden mit der Bearbeitung von Probeklausuren verbracht. Man verbringt also tatsächlich Wochen seines Lebens mit der Simulation von Prüfungsarbeiten. Angesichts dieses *extremen* Aufwandes *muss* man die Frage stellen, ob dieser gerechtfertigt ist und wie er reduziert werden kann. Die mentale Simulation bietet hierfür eine Möglichkeit. Ich selbst habe sie vor meinem zweiten Staatsexamen praktiziert, zu dessen Vorbereitung ich bis auf die Pflichtklausuren in den Arbeitsgemeinschaften nur noch zwei Probeklausuren geschrieben habe. Ich ersetzte sie damit, dass ich mich zunächst fragte, wie eine ideale Klausur – unabhängig vom konkreten Inhalt – wohl verlaufen würde. Ich versuchte also, zu einer Idealvorstellung der Klausurbearbeitung zu kommen, so dass ich sie vor meinem geistigen Auge ablaufen lassen konnte. Dann nahm ich Examensklausursachverhalte zur Hand, zu denen mir auch Lösungshinweise zur Verfügung standen. Ich bearbeitete jeweils eine Klausur wie folgt: Ich nahm mir den Sachverhalt und las ihn ein erstes Mal. Danach sprach ich mir kurz meine ersten Eindrücke vor

(ich lernte mündlich, sprach also mit mir selbst). Ich artikuliere sie bewusst; versuchen Sie es, Sie werden hören, wenn irgendetwas in Ihrer Gedankenführung nicht ganz stimmt. Dann las ich den Sachverhalt ein zweites Mal und formulierte im Anschluss daran die »Highlights« der Klausur, also Punkte, die problematisch waren und eine eingehendere Untersuchung nötig machten. Ich warf einen schnellen Blick in das Gesetz und suchte wesentliche Vorschriften hinaus. Ausgehend von meiner Idealvorstellung simulierte ich dann den konkreten Klausurverlauf in Gedanken. Ich stellte mir vor, wie ich die Klausur gliedern würde, wie ich zu einem Ergebnis kommen und schließlich die Niederschrift in Angriff nehmen würde. Ich stellte mir vor, welche Arbeitsschritte wohl relevant werden würden, welche Methoden ich anwenden müsste, wie wohl das fertige Produkt meiner Bemühungen aussehen würde. Schließlich sprach ich mir in knapper Form vor, wie der Inhalt der jeweiligen Fallbearbeitung wohl ausfallen würde. Unmittelbar im Anschluss nahm ich die Lösungshinweise zur Hand und prüfte, wie richtig ich wohl gelegen hätte. Alles in allem dauerte eine solche Klausursituation gerade mal etwa 40 Minuten. Es ging mir vor allem darum, schnell eine Vorstellung davon zu entwickeln zu können, wie eine Klausur verlaufen kann und wie man so schnell wie möglich eine Ahnung davon entwickelt, was zu tun ist. An einem Tag konnte ich auf diese Weise drei bis vier Klausuren simulieren. Eine Arbeit, die mich zuvor 16 bis 24 Stunden gekostet hatte.

Sofern Sie also Interesse daran haben, sich besser auf die Herausforderung von Examensprüfungen oder die besonderen Situationen der praktischen Rechtsanwendung vorzubereiten, haben Sie hiermit einen guten Grund, sich auf eine reflexive Praxis einzulassen.

Nicht »Ob?«, sondern »Wie?«

Das Ziel des ersten Schritts hin zu einer reflexiven Praxis war es, Sie zur Reflexion über die Reflexion und eine reflexive Praxis anzuregen. Obwohl dieser Schritt kaum Juristisches enthielt ist er der wohl entscheidende Schritt hin zu einer reflexiven Praxis für Juristen. Sie sollten zu der reflexiven Einsicht gelangen, dass systematische Reflexion etwas ist, was Sie persönlich und professionell bereichern wird und dass Sie sich eben deswegen auf eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Thematik einlassen wollen und werden. Ich habe Ihnen dazu zunächst erläutert, was Reflexion und eine reflexive Praxis überhaupt ausmacht. Ich habe dargelegt, dass es sich bei Reflexion um eine autonome, subjektive und persönliche Übung handelt und dass sie daher ein besonderes Eigeninteresse und einen inneren Antrieb voraussetzt. Daraus habe ich gefolgert, dass ich Sie nicht davon überzeugen kann, sich auf eine reflexive Praxis einzulassen. Vielmehr müssen Sie sich selbst überzeugen. Denn nur Sie selbst können das erforderliche Eigeninteresse und den notwendigen Antrieb entwickeln. Ich habe Sie daher gebeten, sich selbst eine wohl begründete Antwort auf die Frage zu geben, warum eine reflexive Praxis für Sie nicht ernsthaft in Betracht kommen. Damit Sie die Schlüssigkeit Ihrer Antwort überprüfen können, habe ich Ihnen zunächst die Fakten dargelegt, die gegen eine reflexive Praxis sprechen. Ich habe Sie sogleich darauf hingewiesen, dass wir grundsätzlich dazu geneigt sind, diese Fakten so zu interpretieren, dass wir eine reflexive Praxis für uns noch nicht ernsthaft in Betracht ziehen. Das mit dieser Art der Darstellung einhergehende Risiko habe ich bewusst in Kauf genommen, da ich glaube, dass Sie aufgrund der psychologischen Mechanismen, die hinter diesen Kurz-Schlüssen stehen, dazu tendieren, die Erheblichkeit des Positiven und des Nutzens einer reflexiven Praxis nicht angemessen zu berücksichtigen. Die Potenziale einer reflexiven Praxis, habe ich Ihnen daher auch erst erläutert, nachdem ich ein Bewusstsein für mögliche Kurz-Schlüsse geschaffen habe. Diese Vorgehensweise war zwar überlegt, doch willkürlich. Sofern Sie mir bis zu diesem Punkt gefolgt sind, sollten Sie nun kurz innehalten und darüber nachdenken, ob meine Art und Weise der Darstellung für Sie ihren Zweck erfüllt hat. Wie fällt Ihre Antwort auf die

Frage »Warum nicht?« jetzt aus? Konnten Sie sich überzeugen? Wenn dem nicht so sein sollte, verzagen Sie bitte noch nicht.

Wenn Reflexion zu einer unserer professionellen Routine werden soll, bedarf es dazu einer besonderen Geisteshaltung. Dafür reflektieren wir über Reflexion und eine reflexive Praxis. Wir müssen begreifen, was Reflexion ist, was sie für uns bedeutet und zu welchem Zweck wir sie ausüben. Wir müssen uns darüber im Klaren sein, wie wir die Tätigkeit verstehen, die wir ausüben und über die wir reflektieren wollen. Wir müssen zudem verstehen, in welchem Verhältnis eine reflexive Praxis und die praktische Rechtsanwendung stehen.

Reflexion soll uns ermöglichen, uns selbst und unsere Tätigkeit besser zu verstehen. Wir wollen sicherstellen, dass wir das, was wir machen, auch gut machen. Sofern erforderlich oder vielversprechend, wollen wir das, was wir in Zukunft machen werden, besser machen als zuvor. Insofern lässt sich auch sagen, dass wir durch Reflexion *dazulernen* wollen. Mit dem Lernen haben wir uns bereits im Zusammenhang mit dem Potenzial einer reflexiven Praxis auseinandergesetzt. Dabei habe ich das Lernen als Prozesse in Endlosschleifen beschrieben und erläutert, inwiefern Reflexion Teil der Prozesse der Übertragung und des sinnvollen Lernens ist. An dieser Stelle will ich Ihnen eine weitere Endlosschleife des Lernens präsentieren, und zwar die des Machens:



Wir lernen dazu, indem wir etwas machen, dieses Machen und das Gemachte untersuchen, darüber reflektieren und unser Verhalten dementsprechend verfestigen, verändern oder verwerfen.¹³¹ Das Machen

¹³¹ Die Endlosschleife des Machens beruht auf Otl Aichers Ausführungen zur aktiven Erkenntnis: »der regelkreis, der aus machen, vergleichen und korrigieren besteht, um dann in eine neue schleife einzumünden, die wieder aus (korrigiertem) machen, vergleichen und

steht dabei nicht für sich, sondern immer in fortwährender Wechselwirkung mit Reflexion sowie mit unserer Reaktion auf die Erkenntnisse der Reflexion.¹³² Diese Wechselwirkung ist uns vertraut, sie ermöglicht uns alltägliche Problemlösung und – ganz allgemein – intellektuelle Fortentwicklung. Übertragen wir dies die Tätigkeit der Rechtsanwendung, steht auch diese nicht allein für sich, sondern in Wechselwirkung mit Reflexion sowie mit möglichen Anpassungen unseres Denkens und Handelns.

Daraus folgt: Reflexion ist kein Mehr, keine Ergänzung und auch keine »Option«, Reflexion ist Teil unseres professionellen Wirkens. Die Frage, *ob* wir reflektieren sollten, braucht daher nicht gestellt werden. Wir – Sie, ich und sämtliche Rechtsanwender – reflektieren bereits; die einen mehr, die anderen weniger, manche bewusst und manche unbewusst. Deswegen lautet die Frage, die wir uns stellen und für uns beantworten müssen:

Wie sollen wir reflektieren?

Reflexion ist eine *bereits vorhandene* Komponente unseres professionellen Denkens und Handelns in Gänze. Für uns geht es somit darum, dass wir diese Komponente in ein ausgewogenes Verhältnis zu den übrigen bringen. Die Endlosschleife des Machens, mit ihren gleich großen Schleifen, soll diese *Ausgewogenheit* demonstrieren, jedoch nicht suggerieren, dass das Machen, die Reflexion über das Machen sowie eine mögliche Anpassung unseres Denkens und Handelns im *Gleichgewicht* stehen sollten. Denn als Rechtsanwender geht es uns primär darum, das Recht anzuwenden. Reflexion mag ein Element sein, welches diese Tätigkeit ermöglicht. Entscheidend ist und bleibt jedoch zunächst einmal die Rechtsanwendung an sich.¹³³ Diese nimmt den größten Teil unserer

korrigieren besteht, ermöglicht ein kreatives, ein kulturelles denken.«; Aicher, analog und digital, 2. Aufl. (2015), S. 30.

¹³² Dies entspricht Paulo Freires Verständnis, der die Reflexion und die Aktion als ein Zusammengehörendes begreift: »Des Menschen Aktivität besteht aus Aktion und Reflexion: sie ist Praxis, sie ist Verwandlung der Welt. Als Praxis verlangt sie eine Theorie, die sie erhellt. Die Aktivität des Menschen ist Theorie und Praxis, sie ist Reflexion und Aktion ...«; Freire, Pädagogik der Unterdrückten, 1970, S. 98.

¹³³ Für Studierende und Examenskandidaten gilt, dass man durch Reflexion nicht *weniger* lernen und üben müssen wird. Man wird *anders* und *besser* lernen und üben können.

Zeit und unserer Aufmerksamkeit für sich in Anspruch. Allerdings müssen wir auch der Reflexion ausreichend Zeit und Aufmerksamkeit zuwenden, da sie auf die Qualität unserer Tätigkeit der praktischen Rechtsanwendung zurückwirkt. Eine reflexive Praxis soll dies gewährleisten.

Nichtsdestotrotz müssen viel Zeit und erhebliche Mühe in die vertiefte Auseinandersetzung mit der spezifischen juristischen Materie investiert werden. Vgl. hierzu die Ausführungen zu der für Transfer erforderlichen großen Wissensbasis auf S. 72 f.

Zweiter Schritt

—

Über
praktische Rechtsanwendung
nachdenken

Vom Allgemeinen zum Besonderen

Solange wir nicht wissen, über welche Tätigkeit wir überhaupt nachdenken, können wir auch nicht sinnvoll über die Art und Weise ihrer Ausführung nachdenken. Wir müssen uns also zunächst einmal darüber im Klaren sein, über welche Tätigkeit wir reflektieren möchten. Daher werden wir uns im zweiten Schritt hin zu einer reflexiven Praxis eine Vorstellung davon machen, was unsere juristische Tätigkeit ausmacht. Ich bezeichne diese Tätigkeit hier als *praktische Rechtsanwendung*. Diese Tätigkeit werde ich im Nachfolgenden umschreiben, jedoch nicht definieren. Da Ziel meiner Arbeit ist, Ihnen den Einstieg in eine systematische Reflexion über *Ihre* Tätigkeit zu ermöglichen, reicht es aus, wenn wir durch kritisches Nachdenken zu einem gegenseitigen Einverständnis darüber gelangen, was praktische Rechtsanwendung sein kann. Von diesem Einverständnis ausgehend, werden Sie *weiterdenken* können. Daher soll das Fundament unseres Nachdenkens über die Rechtsanwendung auch möglichst breit sein. Wir werden zunächst versuchen, eine Vorstellung von der *konstitutiven* Form der praktischen Rechtsanwendung zu entwickeln. Denn aus einer konstitutiven Form lassen sich bei Bedarf spezifische Erscheinungsformen ableiten. Entwickeln wir also eine Vorstellung von praktischer Rechtsanwendung als eine allgemeine und einheitliche Tätigkeit, dann lassen sich spezifische Erscheinungsformen, wie etwa die Tätigkeit einer Staatsanwältin zuständig für Kapitaldelikte, die eines Fachanwaltes für Arbeitsrecht oder die einer Vorsitzenden Richterin an einem Landesverfassungsgericht allesamt als *Variationen* dieser einheitlichen Tätigkeit auffassen.

Wir denken also vom Allgemeinen hin zum Besonderen, denn erst, wenn wir uns das Allgemeine vergegenwärtigt haben, können wir sinnvoll über die Variationen des Allgemeinen nachdenken. Als Juristen sind wir diese Denkweise gewöhnt, denn wir wissen, dass ein probates Mittel zur Reduktion von Komplexität und Aufwand die Abstraktion des Allgemeinen ist. Wer das Allgemeine beherrscht, kann auch etwas mit dem Besonderen anfangen. Wer die praktische Rechtsanwendung im Allgemeinen beherrscht, wird in besondere Anwendungssituationen eine Idee davon haben, was getan werden könnte.

Bei diesem Ansatz handelt es sich freilich nicht um eine neue, bahnbrechende Erkenntnis meinerseits, sondern vielmehr um eine Rückbesinnung auf das Verständnis von Rechtsanwendung, welche unserer Ausbildung zu Grunde liegt. Die nachfolgenden Überlegungen beruhen nämlich auf dem prägenden Leitbild der juristischen Ausbildung in Deutschland, und zwar dem Leitbild des Einheitsjuristen.

Wer hierzulande Jurist werden möchte, hat eine langwierige und anspruchsvolle Ausbildung vor sich. Den krönenden Abschluss der Lehrjahre des deutschen Juristen stellt schließlich die Erlangung der Befähigung zum Richteramt dar. Dies setzt – zumindest in Nordrhein-Westfalen – voraus, dass man ein rechtswissenschaftliches Studium an einer Universität mit der ersten Prüfung und einen anschließenden Vorbereitungsdienst mit der zweiten Staatsprüfung abschließt.¹³⁴ In der zweiten Staatsprüfung muss der Kandidat nachweisen, dass er die Gesamtrechtsordnung mit ihren grundlegenden Wertentscheidungen und ihren Zusammenhängen überblickt und unter besonderer Berücksichtigung der europarechtlichen Bezüge über die erforderlichen Kenntnisse in einer Vielzahl von Rechtsgebieten sowie in den Methoden der praktischen Rechtsanwendung verfügt.¹³⁵ Im besten Fall ist der zum Richteramt Befähigte schließlich dazu in der Lage, auf Grundlage der im Studium erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten eine praktische Tätigkeit in Rechtsprechung, Verwaltung und Rechtsberatung aufgeschlossen für die Lebenswirklichkeit im Geiste eines demokratischen und sozialen Rechtsstaates und unter Berücksichtigung der fortschreitenden Integration innerhalb der Europäischen Union eigenverantwortlich wahrzunehmen.¹³⁶ Darüber hinaus kann er sich selbstständig auch in solche juristische Tätigkeiten einarbeiten, in denen er nicht ausgebildet worden ist.¹³⁷ All dies sind beeindruckende Fähigkeiten – der zum Richteramt Befähigte ist wahrhaftig eine Heldenfigur.

¹³⁴ § 1 S. 1 JAG NRW.

¹³⁵ § 52 JAG NRW.

¹³⁶ Vgl. § 39 Abs. 1 S. 1 JAG NRW.

¹³⁷ § 39 Abs. 1 S. 2 JAG NRW.

Allerdings scheinen diese Fähigkeiten auch erforderlich zu sein, denn um richten zu können, muss man die wohl anspruchsvollste juristische Tätigkeit erlernen: Man muss einen Rechtsfall unter Abwägung sämtlicher in Konflikt stehenden Interessen und vorgebrachten Argumente *entscheiden* und diese Entscheidung auch nachvollziehbar *begründen* können. Der fertig ausgebildete Jurist wird so dazu in die Lage versetzt, ein Urteil über andere zu fällen. Es lässt sich freilich darüber streiten, ob nicht beispielsweise die Vertragsgestaltung eine noch anspruchsvollere und bedeutsamere Tätigkeit sei. Allerdings bildet das richterliche Urteil in buchstäblich letzter Instanz den Schlusspunkt eines rechtlichen Konfliktfalls. Damit handelt es sich um die Form der Rechtsanwendung, die immer dann zum Tragen kommt, wenn es um durchsetzbare Letztbegründungen geht. Richterliche Entscheidungen können im äußersten Fall zwangsweise durchgesetzt werden oder legen verbindlich fest, ob eine durchgeführte Zwangsmaßnahme rechtmäßig erfolgt ist. Somit handelt es sich zumindest um die gewichtigste Form der juristischen Entscheidung, denn die Ausübung von Zwang stellt eine besondere Form der Einwirkung auf einen anderen Menschen dar und nötigt ihn zu einem Verhalten gegen seinen Willen.¹³⁸ Dies ist der Grund, warum Zwangsanwendung stets moralisch auf besondere Art und Weise gerechtfertigt werden muss.¹³⁹ Eine solche moralische Entscheidung zu treffen, bedeutet, Verantwortung zu übernehmen. Daher sind an die Begründung einer solchen Entscheidung besondere Anforderungen zu stellen. Eine moralische Entscheidung fachgerecht zu begründen, ist eine Kunst für sich.

Doch nicht nur das – man kann die Kunst ein Urteil zu fällen auch als eine solche verstehen, in der alle anderen juristischen Tätigkeiten aufgehen. Ein Urteil ist nämlich auch Abschluss eines Geschehens, mit welchem der zu Grunde liegenden soziale Konflikt bestenfalls endgültig beendet wird. Rechtsberatung, Verwaltungsarbeit und Vertragsgestaltung finden allesamt im Vorfeld der abschließenden richterlichen Entscheidung statt. Regelmäßig muss der Richter die Ergebnisse und Äußerungen dieser vorgelagerten Tätigkeiten überprüfen und bewerten, um seine Entscheidung treffen zu können. Wer die in den anwaltlichen

¹³⁸ Yankah, University of Richmond Law Review, Vol. 42 (2008), 1195 (1254).

¹³⁹ Ebd.

Schriftsätzen vorgetragenen Argumente der Prozessparteien gegeneinander abwägen und auf dieser Grundlage ein Urteil fällen kann, sollte daher auch wissen, wie man einen anwaltlichen Schriftsatz zu Gunsten einer Partei verfassen kann, denn letztlich hilft eben dieses Verständnis dabei, anwaltliche Beiträge besser zu durchdringen und zu gewichten. Wir haben es also mit einem hierarchischen Verständnis juristischer Arbeitsweisen zu tun, welchem die Annahme zu Grunde liegt, dass die richterliche Entscheidungstechnik die wichtigste Grundlage des juristischen Arbeitens darstellt. Wer Urteile fällen kann, kann auch Schreiben und Schriftsätze verfassen, wer Verträge oder etwa Verwaltungsakte auf ihre Wirksamkeit überprüfen kann, kann selbst auch Verträge gestalten und Verwaltungsakte erlassen. Im Rahmen der darauf konzentrierten Ausbildung erhält der Jurist Kompetenzen in Rechtsberatung und Vertragsgestaltung quasi als Annex-Kompetenzen der Befähigung zum Richteramt. Man kann daran zweifeln, ob diese Prämisse zutreffend ist und durchaus die Frage stellen, ob die Orientierung am richterlichen Denken nicht auch durch eine solche an anderen juristischen Berufen ersetzt werden könnte.¹⁴⁰ Daher wird über die derzeitige Ausgestaltung der juristischen Ausbildung seit Jahrzehnten angeregt diskutiert¹⁴¹ und es lässt sich mit Blick auf andere Rechtstraditionen nicht leugnen, dass es auch anders funktionieren kann. Beispielsweise wird der angehende Jurist im angloamerikanischen Rechtsraum dazu ausgebildet, Rechtsstreitigkeiten aus der Perspektive des Anwaltes zu führen und zu gewinnen. Der englische Anwalt Ian Morley schreibt:

Being an advocate is about WINNING WITHIN THE RULES. Perhaps it shouldn't be. But it is. The goal is to win; the means of winning is by being persuasive.¹⁴²

¹⁴⁰ Vgl. Bull, ZRP 2000, 425.

¹⁴¹ Siehe Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 8. Aufl. (2015), S. 21, Rdnr. 38: »Die kritische Diskussion über die Juristenausbildung in den juristischen Fakultäten ist seit Jahrzehnten ein ›Dauerbrenner‹.«

¹⁴² Morley, *The Devil's Advocate*, 2. Ed. (2009), S. 15. Im Original ist der Text wie ein Re-deskript formatiert. Von der Übernahme dieser Formatierung habe ich hier zur Wahrung der Einheitlichkeit der Darstellung verzichtet. Meine Übersetzung der Textstelle lautet: »Anwalt zu sein heißt, INNERHALB DER REGELN gewinnen zu wollen. Vielleicht sollte das nicht so sein. Ist es aber. Das Ziel ist Gewinnen; um dieses Ziel zu erreichen muss man andere überzeugen können.«

Gewinnen. Überzeugen. Der Standpunkt des Mandanten muss so gut wie möglich vertreten werden. Richterliche Abwägungs- und Entscheidungstechniken müssen hierzu nicht ausführlich vermittelt werden. Wer überzeugen will, muss nicht zwingend auch entscheiden können. Dies ist mit Sicherheit auch ein Grund dafür, dass die Ausbildung im angloamerikanischen Rechtsraum grundsätzlich kürzer ist als hierzulande. Warum also sollte man in der Ausbildung der deutschen Juristen nicht auch verstärkt auf die Perspektive des Rechtsanwaltes setzen? Wenn mehr als zwei Drittel der Absolventen nie als Richter arbeiten werden, spricht doch einiges dafür, schon in der Ausbildung eine stärkere Ausrichtung in Richtung der später verfolgten praktischen Tätigkeit vorzunehmen. Gekoppelt mit der Möglichkeit, sich früh auf ausgewählte Rechtsgebiet zu konzentrieren, könnte dies unter Umständen zu einer effizienteren Juristenausbildung führen. Das Leitbild des Rechtsanwalts für die Ausbildung würde der Zusammensetzung der Rechtspflege und dem allgemeinen Spezialisierungsdruck gerecht werden. Immerhin ist die Bedeutung des Generalisten in der beruflichen Praxis heute nur noch gering. Die Spezialisierung auf einen und Routine in einem bestimmten Fachbereich ist zwingend erforderlich. Anders ist der überwältigenden Vielfalt und Komplexität der Lebenswirklichkeit im Rahmen der Ausübung eines juristischen Berufes kaum beizukommen.

Jedoch dürfen wir uns von den Diskussionen um die Praxistauglichkeit der Ausbildung nicht davon ablenken lassen, dass es hier um mehr geht, als bloß die *Befähigung* in der Zukunft einen bestimmten Beruf möglichst effizient ausüben zu können. Es geht vielmehr darum, *Wertvorstellungen* zu verwirklichen, welche die Ausgestaltung unserer Rechtspflege betreffen. Es geht mithin um die Frage, was für Juristen wir hervorbringen möchten und was für Juristen wir selbst gerne sein möchten. Auf diese Frage gibt es nicht die eine richtige Antwort. Hier geht es vielmehr um ein Werturteil darüber, wie die Menschen, die für andere Menschen verantwortlich sind, denken und handeln können sollen. Das ist *wichtig*, nicht bloß romantisch.

Wir haben uns eben nicht für den Siegertypen, sondern für den besonnenen Entscheidungsträger entschieden, welcher die Rechtsordnung sowie den rechtlichen Entscheidungsprozess als *ein Ganzes* im Blick hat, so dass eine Rechtsauslegung ohne Kollisionen und Widersprüche erfol-

gen kann.¹⁴³ Dazu sieht er die gesamte Rechtsordnung als Zusammenhängendes. Daneben ist er auch politisch sowie historisch gebildet; er ist aufgeschlossen, umsichtig und handelt eigenverantwortlich. Darüber hinaus kann er sich in kürzester Zeit in neue Tätigkeits- und Wissensbereiche einarbeiten. Er soll also auch die juristischen Tätigkeiten beherrschen können, in denen er nicht ausgebildet worden ist.¹⁴⁴ Wir haben es folglich mit einem Generalisten zu tun, der sich mehr oder weniger beliebig spezialisieren kann. Er ist Generalist und Spezialist zugleich; er ist ein *Einheitsjurist*.

Während der Vorbereitung auf das zweite Staatsexamen verzweifelte ich fast an der großen Bandbreite der juristischen Arbeitsweisen, die man für die Prüfung abzudecken hat. Angesichts der kaum zu fassenden Masse an möglichen Rechtskenntnissen und der Vielfalt der Berarbeiterrollen, gelangte ich jedoch schließlich zu der Einsicht, dass es nicht Sinn und Zweck der Ausbildung sein könne, ein Spezialist für alles und in allem zu werden. Ich befasste mich also eingehend mit dem Konzept des Einheitsjuristen und gelangte zu folgender Prämisse: Wenn man als Einheitsjurist in jedem erdenklichen Rechtsgebiet fachgerechte praktische Arbeiten abliefern kann, und es dabei auch nicht darauf ankommt, ob man dies in Rechtsprechung, Verwaltung oder Rechtsberatung leistet, dann muss es übergreifende, sozusagen essenzielle Elemente der juristischen Tätigkeit geben. Der Einheitsjurist muss demnach die praktische Rechtsanwendung in ihrer allgemeinen und einheitlichen Form beherrschen. Gleich ob verwaltungsgerichtliches Urteil, anwaltlicher Vertragsentwurf oder Verwaltungsakt, all diesen Tätigkeiten müssen grundlegende Denkmuster, Verhaltensweisen und Hintergrundinformationen zu Grunde liegen. Wäre dem nicht so – so sagte ich mir – wäre die Ausbildung zum Einheitsjuristen sinnlos und zum Scheitern verurteilt.

Ich machte mich also daran, diese essenziellen Elemente der juristischen Tätigkeit zu suchen. Zunächst erschien es mir naheliegend, dazu die juristische Methodenlehre und die Rechtstheorie zu konsultieren.

¹⁴³ Vgl. Keilmann, German Law Journal, Vol. 7, No. 3 (2006), 293 (310) m. w. Nw.

¹⁴⁴ Vgl. § 39 Abs. 1 S. 2 JAG NRW. Man könnte auch sagen, dass wir davon ausgehen, dass gute Generalisten die besseren Spezialisten sein werden.

Schließlich ist es offensichtlich, dass sich in jeder Rechtsanwendung rechtsmethodische und rechtstheoretische Inhalte wiederfinden, denn unabhängig von Fachrichtung oder der Rolle des Bearbeiters muss stets nachvollzogen werden, ob ein bestimmtes Gesetz auf einen herausgearbeiteten Sachverhalt angewendet werden kann; ausgelegt und subsumiert wird immer, selbst wenn es sich hierbei nur um einfache Feststellungen handelt. Während der Examensvorbereitung begann ich also damit, mir ein eigenes Methodikskript zusammenzuschreiben. Dazu griff ich mir einige Standardwerke der juristischen Ausbildung zu Rechtstheorie und juristische Methodenlehre heraus¹⁴⁵ und sammelte mir nützlich erscheinende Anweisungen, Strukturen und sonstige Informationen. Allerdings musste ich feststellen, dass man aus einem Lehrbuch der juristischen Methode zwar allgemeine Handlungsanweisungen herausfiltern kann, wie man etwa das einschlägige Gesetz auffindet und auslegen sollte, jedoch schien mir dies nur ein kleiner Teil der Tätigkeit zu sein, welche in meinen Augen die Rechtsanwendung ausmachte. Daher erweiterte ich meinen Blick auf weitere Grundlagenfächer und begann nun auch in Bereichen wie beispielsweise der Rechtsphilosophie, der Rechtssoziologie oder der juristischen Rhetorik nach nützlichen Inhalten Ausschau zu halten. Zunehmend erkannte ich auch den Wert von »fachfremden« Inhalten, wie etwa der Schreibdidaktik oder der kognitiven Psychologie. So wurde mein Methodikskript nach und nach zu einer Auflistung an nützlichen Informationen und umfasste unter anderem Handlungsanweisungen zum richtigen Lesen einer Akte, dem Erstellen einer Arbeitsskizze der rechtlichen Lösung, dem Gebrauch von Gesetz und Kommentar sowie der Verwendung von Gutachten- und Urteilsstil in der Darstellung. Zu diesen Inhalten fügte ich etwa Strucks Topoi-Katalog¹⁴⁶, die Kernthesen Alexys Theorie der juristischen Argumentation¹⁴⁷ sowie von Schlieffens Analyse des Enthymems¹⁴⁸ hinzu. Ferner sammelte ich Inhalte zum Lesen, Schreiben, Entwerfen, Gliedern und

¹⁴⁵ Zum Beispiel: Zippelius, Juristische Methodenlehre, 10. Aufl. (2006); Rütters/Fischer, Rechtstheorie, 5. Aufl. (2010); Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. (2008) und Engisch, Einführung in das juristische Denken, 11. Aufl. (2010).

¹⁴⁶ Struck, Topische Jurisprudenz, 1971, S. 20 ff.

¹⁴⁷ Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 3. Aufl. (1996).

¹⁴⁸ Von Schlieffen, Rechtstheorie Band 42 (2011), 601-619.

Notieren aus Literaturwissenschaften und Schreibforschung.¹⁴⁹ Hinzu kamen Inhalte zur Deutung von menschlichem Verhalten¹⁵⁰, zur Tatsachenfeststellung,¹⁵¹ zu Moral und Ethik,¹⁵² zur Kulturkritik,¹⁵³ zum Wissensmanagement,¹⁵⁴ zur Typografie¹⁵⁵ ... ich sammelte alles, was mir in nur irgendeiner Weise für die Rechtsanwendung in jedem erdenklichen Fall von Bedeutung vorkam. In der Folge wurde es jedoch aufgrund der Beliebigkeit der Inhalte zunehmend schwerer, diese auszuwählen und anzuordnen. Mir wurde klar, dass etwa eine Übersicht nach Fachbereichen für meine Zwecke keinen Sinn ergab, denn eine solche ließ keine Rückschlüsse auf die Konstitution der Arbeits- und Denkweise des Einheitsjuristen zu. Die gesammelten Erkenntnisse waren nicht mehr als eine bloße Ansammlung nützlicher Informationen, die keinen übergreifenden, systematischen Zusammenhang aufwies. Doch schließlich wurde mir durch den fortgesetzten Umgang mit meiner vielfältigen und heterogenen Sammlung an Inhalten klar, dass praktische Rechtsanwendung weit mehr als die Summe ihrer Teile sein muss. Während ich versuchte die Sammlung zu ordnen, zu ergänzen und anzupassen, *begriff* ich nämlich, dass ohne grundlegende Kenntnisse von Rechtsmethode und Rechtstheorie sich mit dem Wissen vom materiellen Recht nicht viel anfangen lässt.¹⁵⁶ Ohne – wenn auch nur rudimentäre – Einblicke in

¹⁴⁹ Beispielsweise: Adler/*van Doren*, *How to Read a Book* (1972); *Lagodny*, *Gesetzestext suchen, verstehen und in der Klausur anwenden*, 2. Aufl. (2013); *Locke*, *New Method of Making Common-Place-Books*, 1706; *Scheuermann*, *Schreibdenken*, 2. Aufl. (2013) und *Wimmer*, *Klausurtipps für das Assessorexamen* (4. Aufl.) 2009.

¹⁵⁰ Zum Beispiel: *Ekman*, *Emotions Revealed*, 2003; *Cialdini*, *Influence*, 5th ed. (2009); *Norman*, *Living with Complexity*, 2011; *Fisher/Ury/Patton*, *Getting to Yes*, 3rd ed. (2011); *Cialdini*, *Influence*, 5th ed. (2009).

¹⁵¹ Statt aller sonstigen: *Bender/Nack/Treuer*, *Tatsachenfeststellung vor Gericht*, 3. Aufl. (2009).

¹⁵² Etwa: *Dworkin*, *Gerechtigkeit für Igel*, 2012; *Nyberg*, *The Varnished Truth*, 1995.

¹⁵³ Etwa: *Breithaupt*, *Kultur der Ausrede*, 2012; *Wiesing*, *Sehen lassen*, 2. Aufl. (2013) und *Rosa*, *Weltbeziehung im Zeitalter der Beschleunigung*, 2. Aufl. (2013).

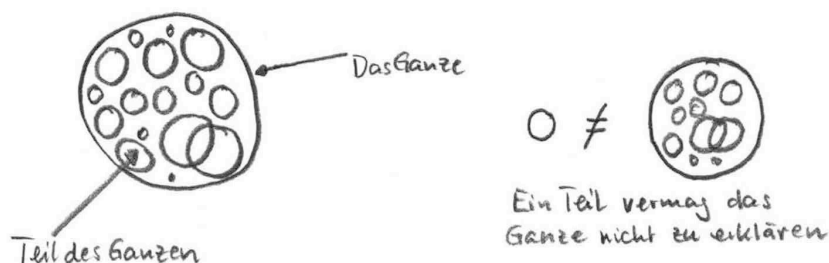
¹⁵⁴ Zum Beispiel: *Bastian/Groß*, *Lerntechniken und Wissensmanagement*, 2012 und *Hasler Roumois*, *Studienbuch Wissensmanagement*, 3. Aufl. (2013).

¹⁵⁵ Zum Beispiel: *Robbins*, *Journal of the Association of Legal Writing Directors*, Vol. 2 (2004), 108-150.

¹⁵⁶ Das mag trivial klingen. Die meisten Jurastudenten wissen schon nach wenigen Semestern, dass Methode, Theorie und Rechtskenntnisse sich gegenseitig bedingen. Fraglich ist

Rechtshistorie, Rechtssoziologie und Rechtsphilosophie, lässt sich in komplexen wie komplizierten Fällen mit angemessenem Aufwand kein vertretbares Ergebnis erreichen. Dieses komplexe Zusammenspiel verschiedenster juristischer Erkenntnisse und Gesichtspunkte lässt sich nicht ausschließlich durch die Auseinandersetzung durch eine Untersuchung seiner Einzelkomponenten verstehen. So kam ich zu dem Schluss, dass man die Rechtsanwendung als *ein Ganzes* begreifen muss, um sie überhaupt verstehen zu können.¹⁵⁷ Ein Verständnis dieses Ganzen kann sich wiederum nicht allein aus den Fachbereichen selbst ergeben, weil diese *selbst Bestandteile der Einheit* sind. Eine entscheidende Aussage der logischen Typenlehre der Mathematik bietet hierfür eine anschauliche, wenn auch nur analog geltende, Erklärung:¹⁵⁸ Was immer die Gesamtheit einer Klasse betrifft, darf nicht ein Teil derselben sein.¹⁵⁹ Will ich eine Gesamtheit beschreiben, reichen dazu ihre Einzelteile nicht aus.

Möchten wir also die praktische Rechtsanwendung als eine *einheitliche* Tätigkeit des Einheitsjuristen verstehen, kann dies folglich nicht aus den Kategorien oder Elementen dieser Einheit heraus geschehen, denn Rechtstheorie, Rechtsmethode, Rechtsphilosophie etc. beschreiben immer nur einen Teil dieser Einheit, nie aber die Einheit selbst.



jedoch, ob sie auch *begreifen*, was das *für sie* bedeutet. Für mich war es ähnlich: Ich wusste darum, begriff es aber nicht. Es brauchte einen Moment reflexiver Einsicht, um dies zu ändern.

¹⁵⁷ Vgl. Schön, *Educating the Reflective Practitioner*, (1987), S. 158.

¹⁵⁸ Vgl. zu der analogen Verwendung von Gruppentheorie und logischer Typenlehre auf Lebensprobleme in der Psychotherapie: Watzlawick/Weakland/Fisch, *Lösungen*, 8. Aufl. (2013), S. 21-55.

¹⁵⁹ Whitehead/Russel, *Principia Mathematica* - Vol. I, 2nd (1963), S. 37: »Whatever involves all of a collection must not be one of the collection.«

Daraus folgt, dass wir die Arbeits- und Denkweise des Einheitsjuristen nicht verstehen können, wenn wir nur juristisch denken. Um Georg Christoph Lichtenbergs warnende Worte zu paraphrasieren: Man muss mehr als das Recht verstehen, um seine Anwendung recht zu verstehen.

Allerdings ist und bleibt das Recht für uns Juristen der wichtigste Orientierungspunkt. Wollen wir zu einer Vorstellung von der Tätigkeit des Einheitsjuristen als die konstitutive Form praktischer Rechtsanwendung gelangen, müssen wir dazu dem Umstand Rechnung tragen, dass sich nicht über die Anwendung des Rechts reflektieren lässt, ohne über das Recht selbst zu reflektieren.

Das Recht: Werkzeug und Institution

Es ist schon merkwürdig, dass ich Sie in einer rechtswissenschaftlichen Dissertation dazu aufordere, sich von rechtswissenschaftlichen Maßstäben und Kategorien freizumachen. Allerdings will ich hier mit Ihnen darüber nachdenken, wie das Recht prägt, was wir unter juristischer Tätigkeit und mithin unter praktischer Rechtsanwendung verstehen. Denken wir also ganz allgemein und umfassend über das Phänomen des Rechts nach und nehmen einmal an, dass es sich nicht nur in Gesetzen, Normen, Prinzipien, Konzepten, Werten und Anwendungsregeln erschöpft. Als Phänomen wird es auch durch Sachmittel, Riten, Prozeduren und die es ausübenden Menschen geprägt. Das Recht ist so gesehen auch eine soziale kulturelle Praxis – eine organisierte, kollektive Aktivität, zur Bewältigung der Schwierigkeiten, die das menschliche Zusammenleben mit sich bringt. Karl N. Llewellyn hat das Recht unter diesem Gesichtspunkt als fortlaufende Institution bezeichnet, die bestimmte Funktionen innerhalb der Gesellschaft wahrnimmt.¹⁶⁰ Ihm zufolge sind dies insbesondere:

¹⁶⁰ Llewellyn, My Philosophy of Law, in: *Freeman* (Hrsg.), *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, 8. Ed. (2010), S. 1015 (1015 ff.).

1. die Handhabung und Auflösung von sozialen Konflikten,
2. die präventive Kanalisierung von sozialen Verhaltensweisen und Erwartungen,
3. die Zuteilung von Ermächtigungen und die Ausgestaltungen von geordneten, autoritären Verfahren,
4. die Organisation der Gesellschaft als eine Entität durch Integration, Anleitung und Anreiz und schließlich
5. die Vorgehensweise nach einer juristischen Methode, welche sicherstellt, dass die Rechtsanwendung effizient erfolgen, gepflegt und weiterentwickelt werden kann.¹⁶¹

Diese fundamentalen Funktionen der Institution Recht lassen sich in Einklang mit Llewellyn¹⁶² wie folgt zusammenfassen: Sinn und Zweck der Institution Recht ist die effiziente und nachhaltige *Vermeidung oder Auflösung sozialer Konflikte*, um den Zusammenhalt der Gesellschaft zu gewährleisten und zu bewahren.

Dieser Zweck bestimmt nicht nur den objektiven Daseinszweck der Institution, sondern ist gleichzeitig auch die fortgesetzte Bedingung ihres Funktionierens, denn es ist eben diese »unsichtbare Zweckidee«, welche aus Texten, Regeln, Gegenständen, Gebäuden, Menschen, Reden, Riten

¹⁶¹ Llewellyn, My Philosophy of Law, in: *Freeman* (Hrsg.), *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, 8. Ed. (2010), S. 1015 (1016 f.).

¹⁶² Llewellyn, *Yale Law Journal*, Vol. 49 No. 8 (1940), 1355 (1373):

»The law-jobs are in their bare bones fundamental, they are eternal. Perhaps they can all be summed up in a single formulation: such arrangement and adjustment of people's behavior that the society (or the group) remains a society (or a group) and gets enough energy unleashed and coordinated to keep on with its job as a society (or a group). But if the matter is put in that inclusive way, it sounds like mere tautology - almost as if one were saying that to be a group you just must be a group. Whereas what is being said is that to stay a group, you must manage to deal with centrifugal tendencies, when they break out, and you must manage, preventively, to keep them from breaking out. And that you must effect organization, and that you must keep it effective. And that you must do all this by means which do not choke off, but elicit, your necessary flow of human energy.«

und Prozeduren überhaupt erst eine Institution macht.¹⁶³ Wer Recht anwenden will, muss sich demnach diese Zweckidee zu eigen machen, damit das Recht überhaupt als solches funktionieren kann.¹⁶⁴ Insofern können wir auch von der *funktionalen* Eigenart des Rechts sprechen: Das Phänomen Recht ist darauf ausgerichtet, dass sein ideeller Daseinszweck verwirklicht wird. Jeder Rechtsanwender sollte sich dessen bewusst sein, denn ohne diese Zweckbindung kann es keine langfristig funktionierende und erst recht keine *gute* Rechtsanwendung geben.

Mit der funktionalen Eigenart des Rechts ist seine *instrumentale* Eigenschaft eng verknüpft. Das Recht ist nicht nur eine Institution, sondern es dient uns, den Rechtsanwendern, als *Werkzeug*, um einen angestrebten Zustand weitestgehend zu verwirklichen.¹⁶⁵ Dazu stehen uns mit der Gesamtheit der geschriebenen und ungeschriebenen Normen, den diese Normgesamtheit strukturierenden Prinzipien und Konzepten sowie dem eingebundenen System von Weltanschauungen, Grundeinstellungen und Werten Argumentations- und Lösungsmuster zur Behandlung der jeweiligen Situation zur Verfügung.¹⁶⁶ Darüber hinaus enthält das Recht sozial akzeptierte Letztbegründungen, welche uns dazu in die Lage versetzen, normativ wirkende Aussagen zu treffen beziehungsweise andere Rechtsanwender dazu zu bringen, dies zu tun. Solche normativen Aussagen können schließlich mit Hilfe eines rechtlich geregelten Verfahrens zwangsweise durchgesetzt werden.

Die instrumentale Eigenart des Rechts ist wiederum eng an seine *konditionale* Eigenart gekoppelt. Wir können das Instrument Recht nicht ohne Weiteres anwenden, sondern es stellt seinerseits Bedingungen an seine Aktivierung und bestimmt somit auch das »Ob« und das »Wie« unserer Tätigkeit als Rechtsanwender. Liegen beispielsweise die Voraus-

¹⁶³ Diese Überlegungen zur Immanenz des Zweckes, zur fortgesetzten Bedingung des Funktionierens und der Begriff der »unsichtbaren Zweckidee« haben bei Hans Jonas ihren Ursprung in: Jonas, *Das Prinzip Verantwortung*, 1984, 110 f.

¹⁶⁴ Vgl. Jonas, *Das Prinzip Verantwortung*, 1984, 110.

¹⁶⁵ Fritjof Haft spricht in diesem Zusammenhang davon, dass das Recht technisch gesehen nur ein Hilfsmittel des Juristen sei; Haft, *Juristische Rhetorik*, 8. Aufl. (2009), S. 9.

¹⁶⁶ Diese Beschreibung des Rechts als eine Gesamtheit von Normen, Prinzipien, Konzepten und Leitgedanken stammt vom Karl N. Llewellyn. Siehe Llewellyn, *My Philosophy of Law*, in: Freeman (Hrsg.), *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, 8. Ed. (2010), S. 1015 (1016).

setzungen einer Rechtsnorm nicht vor, können sich aus ihr auch keine positiven normativen Aussagen ergeben. Ohne einen Vertragsschluss besteht kein Anspruch auf Übereignung der vermeintlichen Kaufsache. Ohne einen solchen Anspruch wird es auch kein entsprechendes Urteil und schließlich auch keinen Vollstreckungstitel geben.¹⁶⁷ In dieser Situation wird eine Anwältin ihrem Mandanten davon abraten, den Anspruch im Wege der Klage zu verfolgen und regelmäßig auch nicht in diese Richtung tätig werden. Die Instrumente zur zwangsweisen Durchsetzung eines Anspruches sind zwar vorhanden, können in diesem Fall jedoch nicht fachgerecht zur Anwendung gebracht werden. Aus der konditionalen Eigenart des Rechts folgt mithin, dass das Recht in bestimmten Umfang festlegt, was möglich ist, sein könnte und sein sollte.

Für ein allgemeines Verständnis von der Tätigkeit der praktischen Rechtsanwendung ist es hilfreich, wenn wir uns diese Eigenarten des Phänomens Recht bewusst machen. Es ist unser Werkzeug (*instrumentale* Eigenart) und zugleich die Institution, in der wir uns bewegen. Es eröffnet uns Möglichkeiten, soziale und tatsächliche Zustände zu gestalten, beschränkt uns jedoch gleichermaßen in der Wahl der Mittel und der Definition unserer Ziele (*konditionale* Eigenart). Dabei kann das Recht als Institution und Werkzeug langfristig nur Bestand haben, wenn sein ideeller Daseinszweck verwirklicht wird (*funktionale* Eigenschaft). Das Thema der Tätigkeit »praktische Rechtsanwendung« aus Sicht des Einheitsjuristen lautet demnach: Das Recht ist Werkzeug und Institution zur nachhaltigen Vermeidung und/oder Auflösung sozialer Konflikte.

Unter Berücksichtigung dieses Themas sollten wir nun eine allgemeine Vorstellung von unserer Tätigkeit entwickeln können.

¹⁶⁷ Abgesehen von der durchaus vorkommenden Konstellation, dass ein solcher Anspruch vom Kläger schlüssig vorgetragen wird und in der Folge ein vorläufig vollstreckbares Versäumnisurteil ergeht.

Reale Zustände und praktische Auswirkungen

Eine gebräuchliche Definition der Rechtsanwendung beschreibt ein Vorgehen in vier Schritten:

- Sachverhaltsfeststellung.
- Aufsuchen der maßgeblichen Rechtsnorm(en).
- Subsumtion am rechtlichen Maßstab.
- Ausspruch der Rechtsfolge(n).¹⁶⁸

Für unsere Zwecke ist diese Beschreibung der Rechtsanwendung jedoch zu eng. Es fehlt der Bezug zum Sinn und Zweck unserer Tätigkeit, den wir in unsere Überlegungen mit aufnehmen müssen, wenn wir sinnvoll über unser Wirken als Rechtsanwender reflektieren wollen. Hier kommt nun das Thema der praktischen Rechtsanwendung ins Spiel, welches wir soeben herausgearbeitet haben: Die praktische Rechtsanwendung dient der nachhaltigen Vermeidung und/oder Auflösung sozialer Konflikte. Durch sie wollen wir demnach einen sozialen Konflikt beziehungsweise eine Sachlage, die zu einem solchen führen könnte, durch rechtlich erhebliche Stellungnahmen eine Veränderung dieses Konfliktzustandes herbeiführen. Ein Urteil soll den Streit zwischen den Parteien beenden, ein Schreiben des Anwalts zur Zahlung des geltend gemachten Betrages führen und ein Verwaltungsakt soll als Rechtsgrundlage schließlich die Rodung eines Waldstückes verhindern. Es sind *reale* Zustände die wir herbeiführen wollen, um den Sinn und Zweck der Institution des Rechts zu verwirklichen. Die Rechtsanwendung ist folglich eine *praktische*, wenn sie auf Zustände der Lebenswirklichkeit bezogen ist.

Praktische Rechtsanwendung ist mithin eine Tätigkeit, durch die wir versuchen, auf Zustände der Lebenswirklichkeit einzuwirken, um soziale Konflikte nachhaltig zu vermeiden und/oder aufzulösen. Dazu müssen wir weit mehr leisten, als auslegen und subsumieren; wir müssen ein Gespür für die jeweilige Sachlage und die beteiligten Personen entwickeln, welches weit über die bloße Feststellung des entscheidungserheblichen Sachverhalts hinausgeht (etwa wirtschaftliche, ideelle und affektive Interessen erkennen), wir müssen die Sprache der Beteiligten verste-

¹⁶⁸ Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 8. Aufl. (2015), S. 405 Rdnr. 665.

hen und auch sprechen können (beispielsweise im Umgang mit Beteiligten, die nur ein geringes Bildungsniveau aufweisen), wir müssen taktische, psychologische und manchmal gar philosophische Entscheidungen treffen und schließlich unsere Erkenntnisse und Schlussfolgerungen anderen vermitteln können.

An diesem Punkt sollten Sie nun zu einer Vorstellung von der praktischen Rechtsanwendung gelangt sein, welche als Basis für eine reflexive Praxis dienen kann. Um sicherzugehen, fasse ich unsere Überlegungen zur Tätigkeit der praktischen Rechtsanwendung noch einmal zusammen:

Ausgehend vom Leitbild des Einheitsjuristen sind wir zu der Prämisse gelangt, dass der Rechtsanwendung allgemeine und einheitliche Denk- und Verfahrensweisen zu Grunde liegen müssen. Rechtsanwendung, gleich welcher spezifischer Form auch immer, kann dann als eine Variation einer allgemeinen und einheitlichen Tätigkeit verstanden werden. Dieser allgemeinen und einheitlichen Tätigkeit haben wir uns ausgehend vom Recht her angenähert. Das *Recht* ist nämlich nicht nur unser Werkzeug, sondern zugleich die Institution, in der wir uns bewegen. Es eröffnet uns Möglichkeiten, soziale und tatsächliche Zustände zu gestalten, beschränkt uns jedoch gleichermaßen in der Wahl der Mittel und der Definition unserer Ziele. Letztere können äußerst facettenreich sein, ein ideelles Ziel jedoch liegt jeder Rechtsanwendung zu Grunde, namentlich die nachhaltigen Vermeidung und/oder Auflösung sozialer Konflikte, denn dieses Ziel ist Sinn und Zweck der Institution des Rechts. Diesen Sinn und Zweck müssen wir uns zu eigen machen, damit die Institution des Rechts funktionieren kann.

So gesehen ist *praktische Rechtsanwendung* eine Tätigkeit, welche *unter anderem* die Feststellung eines Sachverhaltes beziehungsweise die Definition eines konkreten juristischen Problems, das Aufsuchen von möglicherweise einschlägigen Rechtsnormen, die Auslegung dieser Rechtsnormen, die Subsumtion der Sachverhaltsangaben unter einen herausgearbeiteten rechtlichen Maßstab sowie die Feststellung konkreter Rechtsfolgen umfasst. Wenn wir nutzbringend über unser Wirken reflektieren wollen, müssen wir uns bewusst machen, dass diese Ele-

mente, lediglich ein Teil der allgemeinen und einheitlichen Tätigkeit der *praktischen* Rechtsanwendung sind. Wichtig zwar, doch nicht hinreichend. Denn mit praktischer Rechtsanwendung wollen wir nicht bloß Rechtsfolgen auf eine bestimmte Art und Weise herausarbeiten, sondern die Lebenswirklichkeit beeinflussen, indem wir andere von unseren Erkenntnissen und Ansichten überzeugen. Lassen wir diese Dimension unserer Tätigkeit außer Acht, können wir nicht sinnvoll über das nachdenken, was *wir* eigentlich *tun*, wenn wir das Recht anwenden.

Nun mag man einwenden, diese Umschreibung sei zu vage, zu unbestimmt. Allerdings war es nicht Sinn und Zweck meiner Ausführungen, eine abschließende rechtsphilosophische oder rechtsmethodische Definition praktischer Rechtsanwendung herauszuarbeiten. Vielmehr ging es darum, ein solides Fundament zu schaffen, auf denen unsere Überlegungen hinsichtlich unseres Wirkens aufbauen können. In der Vagheit und Unbestimmtheit sehe ich daher einen Vorteil, weil sie uns dazu anregt, über die konstitutiven und elementaren Merkmale unserer Tätigkeit zu reflektieren. Vom Allgemeinen ausgehend wenden wir uns so der für uns spezifischen Ausübungsform praktischer Rechtsanwendung zu und erlangen auf diese Weise ein tiefergehendes Verständnis davon, was unsere Tätigkeit ausmacht.

Dritter Schritt

—

**Praktische Rechtsanwendung
als subjektive Erfahrung
begreifen**

Verfahren oder Erfahrung?

Über praktische Rechtsanwendung zu reflektieren heißt, dass ich mich intensiv damit auseinandersetze, wie *ich* das Recht anwende, wie *ich* es anwenden könnte und schließlich wie *ich* es anwenden sollte. Ferner muss ich mich fragen, wie *andere* mein Wirken wahrnehmen und welche Auswirkungen die Rechtsanwendung hat. Wir haben es hier mit *besonderen* Perspektiven auf die Rechtsanwendung zu tun und der entscheidende Schritt hin zu einer reflexiven Praxis ist, diese Perspektiven einnehmen zu können. Das mag simpel klingen, doch haben professionelle Rechtsanwender in aller Regel große Schwierigkeiten damit, sich im Kontext ihrer juristischen Arbeit als Subjekt wahrzunehmen, ihr Wirken und Denken zu beschreiben und darüber ohne Vorbehalte zu reflektieren. Ich denke, dass dies unserem professionellen Selbstverständnis geschuldet ist. Denn dieses Selbstverständnis prägt, was wir unter Rechtsanwendung verstehen, wie wir unsere Rolle definieren und ausfüllen, welche Erkenntnisse wir als »juristisch« anerkennen und welche Erwartungen wir selbst an professionelle Leistungen und juristische Äußerungen haben. Meines Erachtens beruht es auf der stillen oder unbewussten Prämisse, dass praktische Rechtsanwendung in der Anwendung eines objektiven Verfahrens zur Lösung der rechtlich relevanten Probleme eines Lebenssachverhaltes besteht. Wenn wir über Rechtsanwendung nachdenken, denken wir daher zuerst an ein normativ geleitetes und systematisches Vorgehen. Wir denken an Objektivität und Logik, an Gesetzesanwendung und Auslegungsmethoden. Kurz: Wir begreifen praktische Rechtsanwendung als ein objektives Verfahren und grundsätzlich nicht als eine subjektive Erfahrung.

Einer sinnvollen Reflexion über unsere Tätigkeit der praktischen Rechtsanwendung kann dieses Selbstverständnis entgegenstehen. Daher werde ich im Folgenden mit Ihnen über seine Beschaffenheit und seinen Ursprung nachdenken. Ich vertrete dabei die Auffassung, dass unser professionelles Selbstverständnis entscheidend dadurch geprägt wird, wie wir die Rechtsanwendung von Beginn an kennenlernen. Genauer: Ich denke, dass dieses Selbstverständnis dadurch geprägt wird, dass wir die Rechtsanwendung zunächst einmal als eine Wissenschaft kennenlernen.

Wie wir die Rechtsanwendung kennenlernen

In Nordrhein-Westfalen erwirbt die Befähigung zum Richteramt, wer ein *rechtswissenschaftliches Studium* an einer Universität mit der ersten Prüfung und einen anschließenden Vorbereitungsdienst mit der zweiten Staatsprüfung abschließt.¹⁶⁹ Zweck der ersten Staatsprüfung ist es dabei, festzustellen, ob der Prüfling das *rechtswissenschaftliche Studienziel* erreicht hat und damit für den Vorbereitungsdienst fachlich geeignet ist.¹⁷⁰ Dazu muss der Prüfling nachweisen, dass er das Recht mit Verständnis erfassen und anwenden kann und über die hierzu erforderlichen Rechtskenntnisse in den Prüfungsfächern mit ihren europarechtlichen, wirtschaftlichen und politischen Bezügen, ihren *rechtswissenschaftlichen Methoden* sowie philosophischen, geschichtlichen und gesellschaftlichen Grundlagen verfügt.¹⁷¹

Der Eingang in die juristische Ausbildung zum Einheitsjuristen erfolgt mithin über die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem Recht. Sie stellt in aller Regel auch die erste Berührungen mit dem Recht und seiner Anwendung dar, denn wer vor dem universitären Studium lediglich seine Hochschulreife nachgewiesen hat, wird kaum mit der Juristerei in Berührung gekommen sein, von einem eventuell absolvierten Praktikum einmal abgesehen. Der werdende Jurist sieht sich also zunächst einmal in doppelter Hinsicht Neuem gegenüber. Zum einem dem Recht und zum anderen der Wissenschaft. Wer sich davon nicht abschrecken lässt, wird belohnt. Denn die Rechtswissenschaft eröffnet ihm die erläuternde Darstellung des Phänomens Recht, eine Darstellung, die Verständnis, Kritik und Fortentwicklung ermöglichen soll.¹⁷²

Bewältigt man das juristische Studium, beherrscht man im Regelfall eine bestimmte Art des analytischen Denkens und spricht die rechtswis-

¹⁶⁹ Siehe § 1 JAG NRW. Zwar ist die Juristenausbildung in Deutschland Sache der Länder, jedoch unterscheiden sich die Juristenausbildungsgesetze nur unwesentlich. Insofern sollen die Ausführungen zum JAG NRW hier exemplarisch verstanden werden.

¹⁷⁰ § 2 Abs. 1 S. 2 JAG NRW.

¹⁷¹ § 2 Abs. 2 JAG NRW.

¹⁷² Horn, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, 4. Aufl. (2007), S. 29.

senschaftlich geprägte Fachsprache. Man teilt objektive und standardisierte Fachkenntnisse mit den anderen Rechtsanwendern, die in der Institution des Rechts aktiv sind. Das rechtswissenschaftliche Denken und Handeln auf einer gemeinsamen Grundlage ermöglicht somit eine besondere Form der Kollaboration: Wir können effektiv und effizient mit anderen über das Recht sowie die Rechtslage nachdenken, sprechen und streiten. Nennen wir anderen Juristen Stichwörter wie »Tatbestandsirrtum«, »Trennungsprinzip« oder »Erklärung in's Blaue hinein«, dürfen wir erwarten, dass diese wissen, worum es geht und etwas dazu zu sagen haben.

Man kann die Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz in Frage stellen, was uns hier jedoch nicht weiterführt.¹⁷³ Für unsere Zwecke reicht es aus, wenn wir uns bewusst machen, wie wichtig und prägend die rechtswissenschaftliche Sicht auf unsere Tätigkeit ist, auch wenn wir es – einmal tätig in der beruflichen Praxis – nicht mehr derart wahrnehmen. Denn selbst wenn Rechtsanwendung für Sie keine Wissenschaft (mehr) sein sollte, gehe ich davon aus, dass Sie mir zustimmen, dass ein idealer Verlauf juristischer Problemlösung in etwa so verlaufen sollte:

1. Zunächst wird der entscheidungserhebliche Sachverhalt erfasst.
2. Daraufhin werden die rechtlichen Probleme des Einzelfalls identifiziert.
3. Als nächstes werden die in Frage kommenden Lösungsmuster ausgewählt, abgeglichen und an die Besonderheiten des Einzelfalls angepasst.
4. Schließlich wird die so hergestellte Lösung implementiert und führt so zu der beabsichtigten Zustandsveränderung.

Wir haben es hier mit einem *linear sequenziellen* Ablauf zu tun, das heißt mit einem, in einer feststehenden Reihenfolge und Schritt für Schritt fortschreitenden Prozess: Daten sammeln, Daten analysieren, Problem eingrenzen, Lösungsmöglichkeiten sammeln, Lösungsmöglich-

¹⁷³ Als Einstieg zu diesem Thema: Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. (2008), S. 1, 79 ff., 169 ff. m. w. Nw.

keiten analysieren und schließlich die Lösung formulieren – jeder Rechtsanwender dürfte wohl mit dieser Logik vertraut sein.¹⁷⁴

Dieser Beschreibung der Rechtsanwendung entspricht wissenschaftlichem Vorgehen; sie ist gezielt, systematisch, nachvollziehbar und nachweisbar. Rechtsanwendung ist so gesehen eine wissenschaftlich geprägte Praktik der instrumentellen Problemlösung.¹⁷⁵ Die Anwendung von Recht hat daher auch effektiv und effizient zu sein. Rechtsanwendung ist standardisierbar und organisierbar, juristische Empfehlungen und Entscheidungen sind Produkte¹⁷⁶, der Jurist als Arbeiter austauschbar.¹⁷⁷ Wo es um Effektivität und Effizienz geht, geht es um den »one best way«, um Zielerreichung durch angeleitetes, maximal optimiertes Vorgehen. Nach diesem Verständnis löst man Probleme, indem man programmatische Abläufe befolgt und instrumentelle Erkenntnisse zur Anwendung bringt. Hierzu verwendet man Normen, gefestigte Methoden, Standards, Routinen, Heuristiken, sprich ein Bestand an Lösungsmustern. Dabei handelt man »objektiv«, »logisch«, »rational«, »technisch«, »methodisch«, »dogmatisch«, etc.

¹⁷⁴ Vgl. zur Wirkung dieser Logik Conklin, *Dialogue Mapping*, 2006, S 8 f.

¹⁷⁵ Dieser Gedankengang beruht auf Donald S. Schöns Modell der technischen Rationalität, etwa Schön, *The Reflective Practitioner*, 1983, S. 21 f.: »According to the model of Technical Rationality – the view of professional knowledge which has most powerfully shaped both our thinking about the professions and the institutional relations of research, education, and practice – professional activity consists in instrumental problem solving made rigorous by the application of scientific theory and technique. Although all occupations are concerned, on this view, with the instrumental adjustment of means to ends, only the professions practice rigorously technical problem solving based on specialized scientific knowledge.«

¹⁷⁶ Hierzu Somek, *Rechtliches Wissen*, 2006, S. 15 f.: »Die Abgabe von Expertise kann die juristischen Experten nur ernähren, insofern sie das Idiom der lenkenden und entscheidenden Stellen beherrschen und deren Prämissen akzeptieren. Sonst ließe sich rechtliches Wissen nicht verkaufen. Das rechtliche Wissen - und mit ihm: das Recht - wird demgemäß produziert unter Bedingungen der *Kommodifizierung*. Die Produktion genügt den Bedingungen der Abgabe von Dienstleistungen für Dienstherrn und Auftraggeber. In Form der juristischen Expertise ist das rechtliche Wissen eine fiktive Ware. Es wird wie eine Ware produziert, ohne eine Ware zu sein; eine juristische Behauptung ist wahr, unabhängig davon, ob sie sich verkaufen lässt.«

¹⁷⁷ Angelehnt an Mittelstraß, der die Industrialisierung der Wissenschaft untersucht; Mittelstraß, *Der Flug der Eule*, 2007, S.20 ff.

An erster und hervorgehobener Stelle des Bestandes an Lösungsmustern, auf die wir dabei zurückgreifen können, steht das Gesetz. Dieses stellt die essenziellen – im wahrsten Sinne des Wortes – *normierten* Konfliktlösungen bereit. Allerdings ist dieser Katalog abstrakt genereller Problemfallregelungen allein nicht ausreichend, um den konkreten Einzelfall einer angemessenen Lösung zuzuführen. Hierfür wird auf die Gesamtheit der juristischen Erkenntnisse zurückgegriffen, welche ebenfalls standardisiert und schematisiert sind. Rechtswissenschaftler und Praktiker erstellen, ordnen und optimieren diese Gesamtheit durch Monographien, Lehrbücher, Aufsätze, Kommentierungen, Anmerkungen, Leitsätze, Entscheidungssammlungen, Prüfungsschemata, Formularvorlagen, Checklisten, etc.¹⁷⁸ Sofern die auf diese Weise aufbereiteten Inhalte den fachlichen Standards der Institution des Rechts entsprechen, werden sie als juristische Fachinhalte¹⁷⁹ anerkannt. Sie können dann gegebenenfalls als weitere standardisierte und schematisierte Lösungsmuster herangezogen werden, gewissermaßen zur objektiv-systematischen Konkretisierung der Gesetzes.

Dass wir dazu neigen, Jurisprudenz und Wissenschaft gedanklich so eng miteinander verknüpfen, sollte demnach nicht verwundern. Denn die Rechtsanwendung als sequenziell lineares sowie objektives Verfahren der Problemlösung entspricht im Kern dem rechtsstaatlichen Idealbild der juristischen Tätigkeit. Danach müssen Juristen *objektiv* und *methodisch* vorgehen sowie *vorhersehbar* sowie *nachvollziehbar* handeln. Der Grundsatz der Gesetzesbindung ist insofern auch ein Grundsatz der Bindung an standardisierte Lösung für soziale Konflikte. Methodisch angeleitete, standardisierte und deduktive Vorgehensweisen implizieren in diesem Zusammenhang die (Selbst-) Kontrolle des Rechtsanwenders. Auf diese Weise lässt sich sicherstellen, dass rechtspolitische Wünsche

¹⁷⁸ Thomas Kuhn bezeichnet diese Aufräumarbeiten ganz allgemein als »normale Wissenschaft«, siehe Kuhn, Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen, 23. Aufl. (2012), S. 38 und 47.

¹⁷⁹ An dieser Stelle hätte ich auch den Begriff »Fachwissen« verwenden können. Doch da ich der Ansicht bin, dass Wissen nicht unabhängig von kognitiven Prozessen im Kopf existieren kann, habe ich mich für die abstraktere Variante entschieden.

und Ziele nicht an die Stelle der Gesetzgebung treten.¹⁸⁰ Dort wo Entscheidungen nicht mehr getroffen werden müssen, sondern im Recht gefunden werden können, wird der Rechtsstaatlichkeit zur optimalen Geltung verholfen.

Ein weiterer Vorteil der Fokussierung auf ein objektives Verfahren ist, dass dieses den einzelnen Anwender entlastet. Zum einen mindert es die Last der Verantwortung, die mit Rechtsanwendung und insbesondere der Rechtsprechung einhergeht. Wir müssen das objektive Verfahren zur Anwendung bringen und die jeweilige Anwendung begründen können. Unsere Entscheidungen und unser Vorgehen können wir dann mit dem Verweis auf das objektive Verfahren vor uns selbst und anderen rechtfertigen; eine weitergehende persönliche Verantwortung können wir auf diese Weise ablehnen.

Schließlich kann der Rückgriff auf ein objektives Verfahren auch emotionale Entlastung gewährleisten. Wer es stets mit sozialen Extremfällen und menschlichen Tragödien zu tun hat, kann durch objektives und wissenschaftliches Vorgehen Distanz schaffen. So lässt sich unter Umständen verhindern, dass einem das, womit man in seiner Rolle als Rechtsanwender konfrontiert wird, allzu sehr zusetzt.

¹⁸⁰ Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 8. Aufl. (2015), S. 402, Rdnr. 653.

Reflexionen über ein objektives Verfahren

Rechtsanwendung als wissenschaftlich geprägtes, objektives Verfahren – das passt einfach. Daher prägt das Verständnis von Rechtsanwendung als ein objektives Verfahren unsere Wahrnehmung unserer Tätigkeit.¹⁸¹ Das geht so weit, dass wir implizit von absoluter Gültigkeit seiner Prämissen ausgehen: Für Juristen *hat* Rechtsanwendung *ausschließlich* ein objektives Verfahren oder Vorgehen zu sein.¹⁸² Stellten wir dies in Frage, würden wir doch gleichzeitig Gesetzesbindung, Gewaltenteilung, Fairness und Gerechtigkeit in Frage stellen, oder?

Das daraus resultierende Selbstverständnis hat jedoch für eine reflexive Praxis für Juristen tiefgreifende Auswirkungen. Wenn nämlich Rechtsanwendung effiziente, methodengeleitete Problembehandlung durch Anwendung schematisierter Lösungsmuster ist, dann ist der individuelle Anwender austauschbar und für sich genommen irrelevant. Er hat das Verfahren zu beachten und sich in die Hierarchie der Institution

¹⁸¹ Ursprünglich habe ich dieses Selbstverständnis als das gegenwärtige Paradigma der juristischen Praxis bezeichnet. Hierunter verstehe ich das Netz an Grundmustern von Erklärungen für die kulturelle und soziale Praxis der Rechtsanwendung (vgl. *Toulmin*, Kritik der kollektiven Vernunft, 1983, S. 131.) Das Paradigma ist insofern ein Denksystem oder eine (professionelle) Weltanschauung und prägt, was wir unter Rechtsanwendung verstehen sowie welche Erkenntnisse wir als »juristisch« anerkennen. Es bildet die Grundlage juristischer Selbstverständlichkeiten, die grundsätzlich keiner Erläuterung mehr bedürfen und auch nicht weiter hinterfragt werden. Die Idee vom gegenwärtigen Paradigma der juristischen Praxis ist mir bei der Lektüre von Thomas S. Kuhns »Die Struktur einer wissenschaftlichen Revolution« gekommen. Kuhn versteht unter einem Paradigma »... allgemein anerkannte wissenschaftliche Leistungen, die für eine gewisse Zeit einer Gemeinschaft von Fachleuten maßgebende Probleme und Lösungen liefern.«; *Kuhn*, Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen, 23. Aufl. (2012), S. 10. Aufgrund der Unschärfe des Begriffs habe ich schließlich vom gegenwärtigen Paradigma der juristischen Praxis abgesehen. Eventuell hilft er aber hier in einer Fußnote, die Wirkung unseres Selbstverständnisses und unserer grundlegenden Annahmen zu verdeutlichen.

¹⁸² Ich vermute, dass dies auch einer historischen Entwicklung geschuldet ist, die ich hier nicht nachzeichnen kann. Allerdings lohnt es sich, einmal über den gewachsenen Einfluss von Wissenschaft, Technologie und Ökonomie in unserer Gesellschaft nachzudenken. Vergegenwärtigen Sie sich den Einfluss des Positivismus und den Stellenwert von »Beweisen«, »Theorien« und »Widerspruchsfreiheiten«. Dass diese Prozesse und Zustände keinen Einfluss darauf haben, wie wir das Recht wahrnehmen und in die Tat umsetzen, halte ich für ausgeschlossen.

des Rechts einzufügen.¹⁸³ Nach dieser Interpretation der Geistestätigkeit Rechtsanwendung kommt es daher schlicht nicht darauf an, wie der einzelne die Rechtsanwendung erlebt, denn sofern nur das standardisierte Verfahren beachtet wird, ist sichergestellt, dass rechtliche Probleme einer gerechten und fachlich anerkannten Lösung zugeführt werden. Zwar könnten im Einzelfall verschiedene Rechtsanwender durchaus unterschiedliche Lösungen hervorbringen, jedoch ist diese Varianz nach dem gängigem Verständnis nur Folge der Implementierung von Entscheidungsspielräumen in die standardisierten Lösungsmuster. Der einzelne Anwender kann freilich seine Persönlichkeit mit einbringen, jedoch nur in einem vorab festgelegten Ausmaß.

Das mag Gesetzesbindung, Gewaltenteilung und somit auch die Gerechtigkeit fördern. Allerdings macht es auf Grundlage dieser Sichtweise keinen tieferen Sinn, über die Rechtsanwendung als eine persönliche Erfahrung zu reflektieren und dann zu fragen, inwiefern diese Erfahrungen ihr Ergebnis beeinflusst. Die Leitmotive Wahrheit und Objektivität stehen einer Reflexion sowie der Reflexivität sogar in gewisser Weise entgegen, schließen sie gewissermaßen aus. Heinz von Foerster schreibt in diesem Zusammenhang:

Wahrheit begründet Autorität – »Es ist, wie *ich* es sage!« –, Objektivität beseitigt Verantwortung – »Ich sage, wie es *ist*!« –. [...] Man ist nun in der Lage, ohne Folgen für sich selbst allen anderen zu sagen: »Du sollst. ... !« oder »Du darfst nicht. ... !« Die Methode besteht darin, Reflexivität auszuschließen.¹⁸⁴

¹⁸³ Das erinnert an Hermann Hesses einleitende Worte zum Glasperlenspiel – zwar nicht wissenschaftlich doch genau das, worauf ich hier hinaus möchte: »Ist doch gerade das Auslöschen des Individuellen, das möglichst vollkommene Einordnen der Einzelperson in die Hierarchie der Erziehungsbehörden und der Wissenschaften eines der obersten Prinzipien unsres geistigen Lebens. Und dieses Prinzip ist denn auch in langer Tradition so weit verwirklicht worden, dass es heute ungemein schwierig, ja in vielen Fällen vollkommen unmöglich ist, über einzelne Personen, welche dieser Hierarchie in hervorragender Weise gedient haben, biographische und psychologische Einzelheiten aufzufinden; in sehr vielen Fällen, lassen sich nicht einmal mehr die Personennamen feststellen. Es gehört nun einmal zu den Merkmalen des Geisteslebens unsrer Provinz, dass seine hierarchische Organisation das Ideal der Anonymität hat und der Verwirklichung dieses Ideals sehr nahe kommt.« Hesse, Das Glasperlenspiel, 1963, S. 1.

¹⁸⁴ Von Foerster, Wissen und Gewissen, 1993, S. 353.

Das objektive Verfahren überlagert die subjektive Erfahrung, macht sie unbedeutend. In einem Denksystem, in dem Rechtsanwendung ausschließlich ein objektives Verfahren zu sein hat, zählen die »hard skills« der Problemlösung. Gillie Bolton stellt in diesem Zusammenhang fest:

Our technologically and digitally based culture has not valued reflection and still less reflexivity, where market place, machine, and computer metaphors are paramount. They have been ghettoised as *soft and fluffy* (feminine), a waste of valuable professional time, because they are unmalleable by masculine processes of commodification, nor can they be reduced to component mechanical parts, or tested by tick boxes.¹⁸⁵

So kommt es, dass wir die Erkenntnisse, die sich durch reflexive Praktiken gewinnen lassen, als Spekulation abtun. Und Spekulation wird in der (Rechts-) Wissenschaft grundsätzlich abgelehnt,¹⁸⁶ da ihr Beliebigkeit und Disziplinlosigkeit zu eigen sein scheinen. Insofern wird nachvollziehbar, warum bisher noch keine umfassende Anleitung zur Aneignung einer reflexiven Praxis über praktische Rechtsanwendung vorgelegt worden ist: Wir Juristen messen den kognitiven Prozessen des individuellen Rechtsanwenders aufgrund unseres professionellen Selbstverständnisses schlicht keine entscheidende Bedeutung zu. Auf die subjektive Erfahrung der Rechtsanwendung kommt es nicht an. Doch können wir nicht sinnvoll reflektieren, wenn wir uns selbst nicht als *aktives Subjekt* der Rechtsanwendung begreifen können, da Reflexion notwendigerweise den Bezug zum Subjekt voraussetzt.

Sprechen Juristen über Rechtsanwendung, sprechen sie über ein objektives fachspezifisches Verfahren der Problemlösung. Sie sprechen dann nicht von sich, von ihrer Wahrnehmung oder von ihren Erfahrungen,

¹⁸⁵ Bolton, *Reflective Practice*, 4th ed. (2014), S 5. Meine Übersetzung lautet: »Unsere technologisch und digital geprägte Kultur erkennt nicht den Wert der Reflexion und noch viel weniger den der Reflexivität an, denn in dieser Kultur sind die Metaphern des freien Marktplatzes, der Maschine und des Computers von überragender Bedeutung. Reflexion und Reflexivität werden als *soft* und *feminin* abgestempelt, als eine Verschwendung wertvoller, professioneller Zeit, weil sie mit den maskulinen Prozessen der Kommodifizierung unvereinbar sind und darüber hinaus nicht auf mechanische Einzelteile reduziert oder durch Häkchensetzen überprüft werden können.«

¹⁸⁶ Breithaupt, *Kultur der Ausrede*, 2012, S. 15.

weil das »nicht juristisch« ist. Das geschieht, weil wir Juristen die Rechtsanwendung als Wissenschaft kennengelernt und die Vorzüge dieser Annäherung an das Recht schätzen gelernt haben. Auf diese Weise neigen wir dazu, praktische Rechtsanwendung auf die Anwendung eines objektiven Verfahrens zu reduzieren. Rechtsanwendung wird von uns sozusagen wissenschaftlich idealisiert. Ich behaupte, sie wird sogar *verklärt*. Nachfolgend will ich mit Ihnen über diese Behauptung nachdenken und aufzeigen, welche Ungereimtheiten diese Verklärung mit sich bringt. So will ich erreichen, dass Sie die praktische Rechtsanwendung *sowohl* als ein objektives Verfahren *als auch* als eine subjektive Erfahrung auffassen können. Dies wird Ihnen schließlich eine gewinnbringende reflexive Praxis im juristischen Kontext ermöglichen.

Von der Lösung zum Problem

Beschreibt man die Rechtsanwendung als eine sequenzielle Anwendung standardisierter Problemlösungen, setzt dies implizit voraus, dass die den Lösungen entsprechenden (Standard-) Probleme vorliegen. Die Aufgabe des Anwenders besteht dann darin, das Problem zu finden und die passende Lösung zu implementieren.

Nun brauche ich Sie nicht davon überzeugen, dass diese Prämisse allenfalls für besonders einfach gelagerte Konstellationen der Rechtsanwendungen zutrifft. Dort, wo sich die Beteiligten über das Geschehen der Lebenswirklichkeit einig sind und dieses Geschehen *offensichtlich* zu einem simplen rechtlichen Lösungsmuster passt, lässt sich über die Lösung *und* das Problem nicht streiten. Doch was passiert, wenn der Lebenssachverhalt unklar und/oder die rechtlichen Lösungsmuster interpretationsbedürftig sind? Wir wissen, dass das erste »Problem« doch bereits darin liegt, dass der zu beurteilende Sachverhalt nicht *vorliegt*, sondern dass dieser erfragt und erzählt werden muss. Es gibt – wie Fritz Breithaupt schreibt – keine Urversion einer empirischen Realität, die bloß verschieden, unvollständig oder verfälscht wiedergegeben werde und daher bloß ermittelt werden müsse¹⁸⁷:

¹⁸⁷ Vgl. Breithaupt, Kultur der Ausrede, 2012, S.56.

[Sobald] mehrere Handlungen bewusstseinsgesteuerter Akteure aufeinanderfolgen, so gibt es stets eine Reihe von Möglichkeiten, wie diese einzelnen Handlungen miteinander verbunden sein können. Das heißt, die Handlungen können aus der Perspektive der verschiedenen Akteure je verschiedene Funktionen haben, können mithin unterschiedlich gedeutet werden und Anlass für mehr als eine Version sein.¹⁸⁸

Wie auch der entscheidungserhebliche Sachverhalt nicht einfach vorliegt, sind auch rechtliche Probleme niemals einfach *gegeben*. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass Probleme der juristischen Praxis dem offenen Kontext der Sozialsphäre entstammen.¹⁸⁹ Dieser Kontext ist *offen*, weil es sich bei sozialen Geschehnissen und Zuständen um Sinnzusammenhänge handelt, die weder im Voraus noch im Nachhinein jemals vollständig und abschließend beschrieben werden können¹⁹⁰, wie es etwa hingegen bei mathematischen Rechenoperationen der elementaren Algebra ($2x+4=10$) möglich ist. Das Geschehen im Kontext der Sozialsphäre ist mithin *indeterminiert*, das heißt, es kann in einer Unendlichkeit von unterschiedlichen, gleichwertigen Varianten ablaufen.¹⁹¹ Weder lässt sich sicher vorhersehen, welche diese Varianten zum Zuge kommen wird, noch ist verlässlich rekonstruierbar, welche Variante zum Zuge gekommen sein könnte.¹⁹² Daher können wir einen juristisch erheblichen Sachverhalt weder *eindeutig* definieren noch gibt es *eine*, für diesen konkreten Einzelfall vorweggenommene, Lösung. Das führt jedoch nicht zu einer Unzulänglichkeit der Institution des Rechts. Vielmehr ist insbesondere die Unwägbarkeit möglicher Lösungen eine Grundvoraussetzung für ihr Funktionieren. Denn im Gegensatz zu einem geschlossenen logischen System wie etwa der elementaren Algebra, würde Rechtsanwen-

¹⁸⁸ Breithaupt, Kultur der Ausrede, 2012, S. 40 m. w. Nw.

¹⁸⁹ Vgl. hierzu: Favre-Bulle, Information und Zusammenhang, 2001, S. 181: »Geschlossene Kontexte werden in den exakten Wissenschaftsbereichen wie in Mathematik, Logik und Technik angestrebt, wo absolute und reproduzierbar Schlussfolgerungen erwünscht sind. Rechts- und Sozialwissenschaften beispielsweise, die sich mit dem offenen System der menschlichen Gesellschaft auseinandersetzen, benötigen ein kontextuelles Organisationsprinzip, das offen genug ist, alle nicht formulierbaren Effekte mit einzubeziehen, aber geschlossen genug ist, um Reproduzierbarkeit zu gewährleisten.«

¹⁹⁰ Favre-Bulle, a. a. O., S. 180 f.

¹⁹¹ Vgl. Fugmann, Das Buchregister, 2006, S. 28, Nr. 109.

¹⁹² Ebd.

dung nicht funktionieren, wenn wir ausschließlich mit einem abschließend definierten Pool an Lösungsmustern arbeiten würden. Weil sich das Geschehen der Lebenswirklichkeit nicht vorab definieren lässt, folgt daraus, dass wir weder alle denkbaren Konfliktsituationen noch die dazugehörigen Lösungen im Vorhinein bestimmen können. Geschlossene logische Systeme können insofern nicht die Flexibilität mit sich bringen, welche die angemessene Behandlung sozialer Konflikte erfordert.

Deutlicher wird dies, wenn wir einen Blick auf die Art der Probleme werfen, mit denen wir als Rechtsanwender regelmäßig konfrontiert werden. Diese Probleme bezeichne ich in Anlehnung an Horst Rittel und Melvin Webber als *prekäre Probleme*¹⁹³. Diese können – wie auch der Kontext in dem sie auftreten – zu keinem Zeitpunkt abschließend definiert werden und daher existieren für sie auch keine *exklusiven, richtigen Lösung*.¹⁹⁴ Dort, wo Wertentscheidungen zu treffen sind und Handlungsmotive und -ziele konfliktieren, kann der Maßstab einer Lösung nur ihre Angemessenheit¹⁹⁵ sein. So gibt es beispielsweise für die Frage, ob ein türkischstämmiger Mieter entgegen dem Willen des Vermieters eine Parabolantenne an das Mietshaus anbringen darf, um Sender aus seiner

¹⁹³ In Rittel/Webber, Policy Sciences, No. 4 (1973), 155-169 nennen Rittel und Webber diese Probleme »wicked problems«, also gemeine und tückische Probleme. Sie legen folgende Attribute derartiger Probleme fest: »1. There is no definitive formulation of a wicked problem«, S. 161, »2. Wicked problems have no stopping rule«, S. 162, »3. Solutions to wicked problems are not true-or-false, but good-or-bad«, ebd., »4. There is no immediate and no ultimate test of a solution to a wicked problem« S. 163, »5. Every solution to a wicked problem is a "one-shot operation"; because there is no opportunity to learn by trial-and-error, every attempt counts significantly«, S. 163, »6. Wicked problems do not have an enumerable (or an exhaustively describable) set of potential solutions, nor is there a well-described set of permissible operations that may be incorporated into the plan«, S. 164, »7. Every wicked problem is essentially unique«, ebd., »8. Every wicked problem can be considered to be a symptom of another problem«, S. 165, »9. The existence of a discrepancy representing a wicked problem can be explained in numerous ways. The choice of explanation determines the nature of the problem's resolution«, S. 166.

¹⁹⁴ Rittel/Webber, a. a. O., 155 (162).

¹⁹⁵ Hierzu Karl E. Weick: »Eine Implikation der Mehrdeutigkeit ist, dass es so ein Ding wie das Urteil falsch tatsächlich nicht gibt. In einer mehrdeutigen Welt sind die Dinge angemessen oder unangemessen.«; Weick, Der Prozeß des Organisierens, 1995, S. 352.

turkmenischen Heimat zu empfangen, nicht eine *richtige* Antwort.¹⁹⁶ Darüber hinaus gibt es für diese Art von Problemen keine *endgültigen* Lösungen.¹⁹⁷ Da das Problem nicht abschließend definiert werden kann, können sich je nach Herangehensweise und Kontext andersartige Sichtweisen und Anschlusspunkte ergeben, die *eine* Lösungsmöglichkeit *von vielen* eröffnen können.

Aus all dem folgt, dass die Vorstellung von der Lösung auf die Eingrenzung des Problems zurückwirkt. Dieser Punkt ist *äußerst wichtig*, denn er impliziert, dass das Verständnis von dem, was das Problem in der jeweiligen Situation sein soll, grundsätzlich von der Vorstellung abhängt, welche möglichen Lösung implementiert werden könnten.¹⁹⁸ Denn nur wer mögliche Lösungen kennt, weiß, welche Frage gestellt werden müssen, um die entscheidungserheblichen Informationen zu erhalten und um das zu lösende Problem definieren zu können.¹⁹⁹ Ein umfassendes Verständnis der Komplikation einer Situation kann daher ausschließlich derjenige erlangen, der *bereits vorab* ein umfassendes Repertoire an Lösungsmöglichkeiten gedanklich präsent hat. Gerät der türkischstämmige Mieter aus dem obigen Beispiel etwa an einen Anwalt, dem das durch Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG geschützte Recht, sich »aus allgemeinen Quellen« zu unterrichten unbekannt ist, ist es äußerst unwahrscheinlich, dass es dem Mieter gelingen wird, seine Interessen durchzusetzen. Dazu kommt es jedenfalls dann nicht, wenn der unwissende Anwalt den Wortlaut des zu Ungunsten des Mieters formulierten Mietvertrages nicht anzweifelt und ihn in der Folge vom Absehen von einer zivilrechtlichen Klage überzeugt. Weil der Anwalt eine mögliche Lösung des mietrechtlichen Konfliktes über die mittelbare Drittwirkung des Grundrechts auf ungehinderten Zugang zu wesentlichen Informationsquellen nicht kennt, sieht er auch kein entsprechendes Problem bei seinem Mandanten.

¹⁹⁶ Eine *angemessene* Antwort findet sich in dem, dem Beispiel zu Grunde liegenden, Beschluss des Bundesverfassungsgerichtes: BVerfG, Beschl. v. 31. März 2013 – 1 BvR 1314/11, NJW 2013, 2180.

¹⁹⁷ Rittel/Webber, Policy Sciences, No. 4 (1973), 155 (162 f.).

¹⁹⁸ Rittel/Webber, a. a. O., 155 (161).

¹⁹⁹ Ebd. Die kautelarjuristische Praxis ist im Übrigen ein hervorragendes Beispiel für dieses Phänomen.

Begreifen wir die praktische Rechtsanwendung ausschließlich als wissenschaftlich geprägtes, objektives Verfahren, sind wir nicht dazu in der Lage, diese korrelative Beziehung von Problem und Lösung angemessen abzubilden. Das Hin und Her zwischen Lösungen und Problemen lässt sich nicht in die Vorstellung von der Rechtsanwendung als eine sequenzielle Problemlösetätigkeit beziehungsweise als ein Stufenmodell der Problemlösung integrieren, denn derartige Beschreibungen der Rechtsanwendung setzen stillschweigend voraus, dass zuerst das Problem *vorliegen* muss, bevor man potentielle Lösungsmöglichkeiten analysieren kann. Die Bedeutung der Eingrenzung und Definition des Problems wird dadurch stillschweigend herabgesetzt und die Erfahrung von Ungewissheit und Unsicherheit ausgeklammert. Der Plastizität von Problemen im offenen Kontext der Sozialsphäre wird auf diese Weise nicht angemessen Rechnung getragen und über ein äußerst wichtigen Aspekt der juristischen Tätigkeit hinweggesehen.

Denkweisen und Ausdrucksformen

In den Jahren der universitären juristischen Ausbildung eignen wir uns nicht nur Rechtskenntnisse sowie rechtswissenschaftliche Methoden an. Insbesondere erlernen wir eine besondere *Ausdrucksform*, den Gutachtenstil. Sein Sinn und Zweck ist es, einen juristischen Gedankengang auf eine bestimmte, anerkannte und dabei doch irgendwie willkürliche Art und Weise möglichst transparent und nachvollziehbar aufzubereiten. Kundige Leser erkennen diesen Stil und entwickeln bestimmte Erwartungen daran, was Ihnen wohl mitgeteilt werden wird.

Das juristische Gutachten dient dazu, weiterführende Schritte und Entscheidungen im Hinblick auf die Rechtslage vorzubereiten.²⁰⁰ Der

²⁰⁰ Wer juristische Stilformen besser verstehen will, sollte sich den Sinn und Zweck des zu produzierenden Textes vor Augen halten. Man wird dann beispielsweise feststellen, dass die Binsenweisheit, das Gutachten könne umgedreht und so zum Urteil umfunktioniert werden, unzutreffen sein muss. So rät beispielsweise Christian Fahl: »Das Gutachten lässt sich, wenn es gut ist, fast komplett für das Urteil verwenden und sogar - was den Stil angeht - vollständig beibehalten, indem die Reihenfolge der Sätze einfach umgedreht und das Gutachten von hinten »aufrollt« - das Pferd gewissermaßen »von hinten aufgezäumt wird.« Fahl, Jus 1996, 280. Diese Formulierung hat man während eines Jurastudi-

jeweilige Entscheidungsträger soll sich durch das Gutachten einen Überblick über seine Entscheidungsmöglichkeiten machen können, soll erkennen, wo Probleme liegen und wie mögliche Lösung aussehen können. Zweifel und abweichende Ansichten sind daher genauso Bestandteile eines Gutachtens, wie es die klare Entscheidung des Gutachters für seinen Lösungsvorschlag ist. Der Gutachter muss dabei sowohl das Gebot der erschöpfenden Behandlung der jeweiligen Rechtsfrage beachten, als auch das Verbot, seinen Leser müde und mürbe zu machen.²⁰¹ Ein *guter* Gutachter ist daher insbesondere derjenige, der verständlich schreiben und Schwerpunkte setzen kann.

Im juristischen Studium legen wir demnach die Grundlage dafür, uns professionell ausdrücken zu können. Dem geht jedoch voraus, dass wir professionell denken können. Die Grundlage des juristischen Arbeitens ist nämlich nicht eine bestimmte juristische Ausdrucksform. Der Stil ist *Formsache*. Der Gedanke das, was in Form zu bringen ist.

Juristisches Denken ist eingebettet in deduktive Begründungsstrukturen,²⁰² darum geht es. Ausgehend von einem Sachverhalt und eventuell einer spezifischen Rechtsfrage entwickelt man eine Ahnung davon, welche Rechtsfolge wohl angemessen sein könnte. Diese Ahnung führt dann zu Rechtsnormen, welche entsprechende Rechtsfolgen bedingen. Liegen die Voraussetzungen der Norm vor, kann ihre Rechtsfolge bejaht werden. Liegen die Voraussetzung nicht vor, können wir die spezifische Rechtsfolge ausschließen. Die deduktive Begründungsstruktur knüpft hieran an:

ums sicherlich schon häufig gehört. Das macht sie jedoch nicht richtiger. Wer ein Gutachten schreibt, muss Entscheidungsvarianten aufzeigen und bewerten können, wer ein Urteil schreibt, darf keine Zweifel an der Angemessenheit der gewählten Entscheidung aufkommen lassen. Der Stil lässt sich dabei nicht beibehalten. Das verkennet, wer »das Pferd von hinten aufzäumt«.

²⁰¹ Zum Verbot, den Leser zu langweilen: *Puhle*, JuS 1989, 203 (205) und ebenso *Haft*, Juristische Schreibschule, 2009, S. 76 ff.

²⁰² Hierzu *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. (2008), S. 153.

wenn TB (+) dann RF (+)

TB: Voraussetzungen 1., 2., 3.

hier SV: 1. = (+), 2. = (+), 3. = (+)

somit RF (+) für SV

Es handelt sich um eine Denkweise, die stets von Normen ausgeht. Wir suchen nach möglicherweise einschlägigen Normen, analysieren deren Voraussetzung und *prüfen*, ob diese Voraussetzungen auch in dem Lebenssachverhalt zu bejahen sind, mit dem wir es zu tun haben. Wir müssen unseren Lösungsvorschlag *begründen*. Dabei müssen wir darauf achten, dass wir stets sämtliche Voraussetzungen einer Norm beachtet und analysiert haben, denn andernfalls könnten wir nicht *gewähren*, dass bestimmte Rechtsfolgen eintreten oder eben nicht eintreten können. Dieser Punkt ist wichtig: Als juristischer Gutachter machen wir alle Angaben mit Gewähr.

Problematisch ist, dass diese *Denkweise* in der juristischen Ausbildung regelmäßig mit der *Ausdrucksform* des Gutachtenstils gleichgesetzt beziehungsweise verwechselt wird. Doch während wir gut daran tun, unseren Fall umfassend und gründlichst deduktiv zu durchdenken, ist ein Gutachten, das ausschließlich und undifferenziert in reinstem Gutachtenstil verfasst wird, eine *Zumutung*. Eine Zumutung sowohl für uns, als auch für unsere Leser. Das Gutachten ist ein Textprodukt, das nicht auf den Gutachtenstil als Ausdrucksform reduziert werden darf. Es umfasst viele Stilformen, unter anderem auch den Urteilsstil, den Feststellungsstil²⁰³ und den sogenannten direkten Stil²⁰⁴. Nur durch eine solche Mischung von Ausdrucksformen können wir Schwerpunkte setzen und konzentriert für einen Leser schreiben, der nur lesen will, was *entscheidend* ist. In der Darstellung ist Festzustellendes daher festzustellen, Offensichtliches gekonnt wie kurz anzudeuten. Unproblematisches wird nicht problematisiert, Selbstverständliches nicht begründet. Das alles würden wir jedoch tun, würden wir ausschließlich den Gutachtenstil verwenden.

²⁰³ Haft, Juristische Schreibschule, 2009, S. 222 f.

²⁰⁴ Arzt, Die Strafrechtsklausur, 7. Aufl. (2006), S. 54 f.

MEINER ANSICHT nach beruht die Gleichsetzung von Denkweise und Ausdrucksform – also die Gleichsetzung der juristischen Denkweise mit dem Gutachtenstil – im Wesentlichen auf der Vorstellung, dass Rechtsanwendung grundsätzlich ein objektives, wissenschaftlich geprägtes Verfahren zu sein hat und ein Gutachten dieses Verfahren abbilden und als sein Nachweis dienen sollte. Der Jurist schreibt demnach auf, wie er das Recht zur Anwendung bringt.

Doch bildet das Gutachten tatsächlich ab, wie wir gedacht haben, um eine Vorstellung davon zu erlangen, worum es in dem jeweiligen Fall ging, wie er rechtlich zu beurteilen sein könnte und wie diese Beurteilung letztendlich ausfallen müsste?

Ich bin der Überzeugung, dass dem nicht so ist. Denn der Gedanke sollte dem Ausdruck vorangehen²⁰⁵, zumindest immer dann, wenn wir anderen etwas mitteilen wollen, um sie von etwas zu überzeugen. Das heißt, wir müssen nachdenken, *bevor* wir anderen unsere Gedanken gezielt mitteilen können. Bevor wir also anderen Juristen unsere rechtliche Einschätzung eines Falles vermitteln können, müssen wir die Situation gedanklich erfasst und ihr einen zufriedenstellenden Sinn zugemessen haben. Denn erst dann, können wir zutreffende und angemessene Gedankengänge selektieren, anordnen und in eine adäquate Form bringen. Wir werden daher stets *anders* und *umfassender* gedacht haben, als es unser Text (geschrieben oder gesprochen) letzten Endes abbildet. Das schließt freilich nicht aus, dass auch eine Ausdrucksform die Hervorbringung eines bestimmten Gedanken (-ganges) fördern kann. Doch sind das Gutachten, der Schriftsatz oder das Urteil wie Erfolgsgeschichten – wir erzählen sie zurückblickend, nachdem wir den gedanklichen Erfolg der Sinngebung bereits erreicht haben.

Begreift man Rechtsanwendung ausschließlich als objektives Verfahren, gerät man ins Straucheln, sobald man darüber nachdenkt, inwieweit dieses Verfahren tatsächlich unserer kognitiven Wahrnehmung entspricht, inwieweit also unser Denken, unsere Einschätzungen und Fehleinschätzungen sowie unsere Wert- und Vorurteile Teil dieses idealisierten, objektiven Verfahrens sein können. Dieses Straucheln endet,

²⁰⁵ Vgl. Benjamin, Einbahnstraße, 1955, S. 47: »XII. Stufen der Abfassung: Gedanke – Stil – Schrift. [...] Der Gedanke tötet die Eingebung, der Stil fesselt den Gedanken, die Schrift entlohnt den Stil.«

sobald man Rechtsanwendung sowohl als objektives Verfahren als auch als eine subjektive Erfahrung begreift. Das eine schließt die andere nicht aus.

Kenntnisse und Fertigkeiten

Ein professioneller Rechtsanwender muss nicht nur eine Fülle an juristischen Denk- und Arbeitsweisen beherrschen, sondern zudem über ein umfangreiches und spezialisiertes Fachwissen verfügen. Zur *guten* Rechtsanwendung bedarf es ferner an Allgemeinbildung, gesundem Menschenverstand, Sprachbeherrschung und -gefühl, Arbeitsdisziplin, sozialer und emotionaler Intelligenz, Kreativität, Überzeugungskraft, Haltung und Selbstbewusstsein. Es liegt auf der Hand, dass es weit mehr braucht, als lediglich das objektive Verfahren »Rechtsanwendung« anwenden zu können, um ein *guter* Jurist zu sein. In der Juristenausbildung konzentrieren wir uns jedoch auf die objektiven und wissenschaftlichen Aspekte der Rechtsanwendung. Das mag Notwendigkeiten geschuldet sein und gewisse Vorzüge mit sich bringen, allerdings sind wir mittlerweile so weit, dass wir Schwierigkeiten damit haben, eine genaue Vorstellung davon zu vermitteln, wie man ein *guter* Jurist werden kann.

Wir sind derart intensiv mit dem objektiven Verfahren der Rechtsanwendung befasst, dass alles andere »zweitrangig« zu sein scheint. Und wären es doch nur die als »soft skills« titulierten Fähigkeiten, die auf der Strecke bleiben würden. Selbst die Grundlagenfächer sind in der Juristenausbildung nur noch von marginaler Bedeutung, obschon sie das Fundament der Rechtswissenschaft darstellen. Fakt ist, dass es nicht mehr selbstverständlich ist, dass sich Studierende und Referendare in Rechtsphilosophie, Rechtsmethodik, Rechtsgeschichte und Rhetorik bilden. Denn diese grundlegenden Kenntnisse haben keinen offensichtlichen funktionalen Wert. Sie mögen das objektive Verfahren erklären, aber warum sollte man das Verfahren erklären können, wenn man es doch bloß zur Anwendung bringen muss?

Allerdings sind es eben diese Inhalte, die uns zur Orientierung dienen, wenn es darum geht, der Ungewissheit und Einzigartigkeit einer Anwendungssituation im Einzelfall gerecht zu werden. So gibt bei-

spielsweise die juristische Methodenlehre Argumentationsmustern ihre Form. Die Rechtstheorie ermöglicht das bessere Verständnis der Strukturen gesetzlicher Regelungen und lässt systematische Rückschlüsse zu. Die Rechtsphilosophie liefert qualitative Wertmaßstäbe und wertvolle Argumentationsinhalte. Die Rechtssoziologie schärft das Bewusstsein für die Wirkungen und Auswirkungen der Rechtsanwendung. Die Rechtsgeschichte ermöglicht ein tieferes Verständnis vom Kontext rechtlicher Regelungen und juristischer Vorgehensweisen. Die klassische Rhetorik enthält standardisierte Vorgehensweise, um überzeugende Darstellungen hervorzubringen. Und es sind nicht nur die Grundlagenfächer der juristischen Ausbildung, welche das fundamentale Verständnis der Rechtsanwendung bedingen. Die Allgemeinbildung liefert den Stoff, aus dem Argumente werden. Die Psychologie hilft, menschliche Verhaltensweisen aus einem anderen Blickwinkel zu sehen und verstehen zu lernen. Die Physik ermöglicht ein besseres Verständnis tatsächlicher Geschehensabläufe. Fundierte Kenntnisse in Schrift in Wort helfen, sich mitzuteilen und dabei verstanden zu werden.

Begreifen wir Rechtsanwendung ausschließlich als ein wissenschaftlich erschlossenes und gerichtetes Verfahren der Problemlösung, führt das zu einer Diskreditierung von *Orientierungswissen*²⁰⁶. Dieses ist dann nicht mehr »juristisch«, sondern nur noch Beiwerk. Wir trennen die Erkenntnis von der Handlung²⁰⁷ und die Handlung von der Tradition. Reflexivität wird ausgeschlossen. Doch indem wir die praktische Rechtsanwendung auch als eine subjektive Erfahrung begreifen, re-aktivieren wir die Reflexivität und fügen wieder zusammen, was zusammen gehört.

²⁰⁶ Diesen Begriff habe ich von Hans Lenk übernommen, vgl. *Lenk*, Konkrete Humanität, 1998, S. 9.

²⁰⁷ Otl Aicher schreibt: »wir sind kinder einer denkkultur geworden, die das denken vom machen abgekoppelt hat, um es allein auf logische exaktheit zu fixieren.«; *Aicher*, analog und digital, 2. Aufl. (2015), S. 191.

Gleichzeitigkeit

Objektivität ist für die praktische Rechtsanwendung von überragender Bedeutung. Für das Funktionieren der Institution des Rechts kommt es entscheidend darauf an, dass Gerechtigkeit und Fairness durch Gesetzesbindung und Gewaltenteilung sichergestellt sind. Die (rechts-) wissenschaftliche Erschließung der Rechtsanwendung leistet dazu einen wertvollen Beitrag. Logisches, rationales Denken, nachvollziehbar, analysierbar, kritisierbar.

Die Herstellung von Objektivität erfordert, das Subjektive aus dem Verfahren zu abstrahieren. Wer objektiv vorgehen will, darf selbst nicht Teil seines Vorgehens werden. Jedoch lässt sich das Subjektive dann nicht eliminieren, wenn es um die Behandlung sozialer Konflikte geht, die weder absolut allgemeingültig noch endgültig abschließend beschrieben werden können. Sie lässt sich dann nicht ausklammern, wenn die Behandlung dieser Konflikte auf menschlichem Denken und Handeln beruht und somit stets subjektive Interpretation und Werturteile mit sich bringt. Sie lässt sich schließlich dann nicht ausschließen, wenn die Vermeidung und/oder Auflösung sozialer Konflikte den Umgang mit Menschen umfasst, der seinerseits Menschlichkeit voraussetzt.

Dieses vermeintliche Dilemma lässt sich auflösen, indem wir das positivistisch geprägte Denken in Dichotomien, Gegensätzen und Ausschließlichkeiten mit holistischem wie pluralistischem Denken ergänzen. Wer ausschließlich in Kategorien und Fragmenten denkt, verliert den Bezug zum großen Ganzen; wer nur nach Differenzen Ausschau hält, übersieht Gemeinsamkeiten. Denken wir also *obendrein* holistisch und pluralistisch, stellt es kein Problem dar, dass praktische Rechtsanwendung *sowohl* ein objektives Verfahren *als auch* eine subjektive Erfahrung sein kann. Dieses Problem entsteht letztlich nur dann, wenn wir versuchen, mit Wissenschaft zu erklären, was mit dieser spezifischen Wissenschaft gerade nicht erklärt werden soll. Aus dem Erklärungsmodell des objektiven Verfahrens heraus, darf Rechtsanwendung nicht subjektiv geprägt sein. Man kann wohl kaum erwarten, dass dieses Modell dazu geeignet sein kann, die Bedeutung und den Einfluss der Subjektivität auf die praktische Rechtsanwendung angemessen zu berücksichtigen,

wo es doch darauf ausgelegt ist, diese Faktoren weitestgehend auszuschließen.

Doch für das Recht als sozial-kulturelles Phänomen existiert keine absolute, universell gültige Ordnungsstruktur. Das rechtswissenschaftlich geprägte Erklärungsmodell des objektiven Verfahrens ist *ein* Erklärungsmodell, welches überzeugend und funktional ist. Allerdings ist das Recht ein facettenreiches, vielfältiges und mehrdeutiges sozial-kulturelles Phänomen und daher wäre es falsch anzunehmen, es handele sich um das einzig Erklärungsmodell, das Gültigkeit für sich in Anspruch nehmen könne. Meiner Ansicht ist es sinnvoller, davon auszugehen, dass die Beschreibung des Phänomens Recht relativ zum Standpunkt des Betrachters ist.²⁰⁸ Denn dann können wir uns ohne Weiteres dazu *bekennen*, dass Rechtsanwendung *gleichzeitig* eine subjektive Erfahrung ist.²⁰⁹ Dabei stellen wir die Objektivität der Rechtsanwendung nicht in Frage. Sie bleibt unser Leitmotiv und dient uns der Orientierung. Wir sind dafür verantwortlich, sie zu verwirklichen; als Subjekte der Rechtsanwendung stehen wir für ihre Objektivität ein.

Zu Anfang des dritten Schrittes hin zu einer reflexiven Praxis stellen wir fest, dass eine reflexive Praxis erfordert, besondere Perspektiven auf die praktische Rechtsanwendung einnehmen zu können. Um sinnvoll über Rechtsanwendung reflektieren zu können, müssen *Sie* sich fragen, wie *Sie* das Recht anwenden, wie *Sie* es anwenden könnten und schlussendlich anwenden sollten. Sie müssen sich fragen, wie *andere* Ihr Wirken wahrnehmen und welche tatsächlichen Auswirkungen Ihr Handeln

²⁰⁸ Durch Annerkennung von Subjektivität, erkennen wir an, dass wir einen Standpunkt haben (sollten). In diesem Zusammenhang steht, was Otl Aicher schreibt: »das subjekt ist immer ein phänomen, ein einzelnes. aber nur das subjekt hat einen standpunkt. das subjekt ist der mittelpunkt der welt. es ist die achse der zeiger, die himmerlsrichtungen, orientierung angeben. nur vom subjekt aus ergeben sich positionen und werte.«; Aicher, analog und digital, 2. Aufl. (2015), S. 70.

²⁰⁹ Weick, Der Prozeß des Organisierens, 1995, S. 312 ff. (siehe insb. S. 314). Weick begründet in dem zitierten Abschnitt folgende Leitidee seines Verständnisses menschlicher Organisation: »Ambivalenz ist der beste Kompromiß« (S. 312). Aus diesen Überlegungen Weicks habe ich das Thema der Gleichzeitigkeit abgeleitet, welches uns noch wiederholt auch in anderem Zusammenhang begegnen wird.

hat. All das setzt voraus, dass Sie dazu in der Lage sind, sich selbst im Kontext der Rechtsanwendung bewusst als handelndes Subjekt zu erkennen und anzuerkennen. In den vorangegangenen Abschnitten habe ich daher versucht, Ihnen aufzuzeigen, wo die Schwierigkeiten liegen können, wenn wir die Rechtsanwendung als eine subjektive Erfahrung auffassen wollen und inwiefern wir diesen Schwierigkeiten begegnen können. Sie sollten sich nun auf die unter Umständen ungewohnte Perspektive auf Ihre juristische Tätigkeit einlassen können. Nachfolgend können wir uns also damit befassen, wie sich die subjektive Erfahrung der praktischen Rechtsanwendung im Hinblick auf die gezielte und systematische Reflexion nachvollziehen lässt.

Von außen und von innen

Im zweiten Schritt hin zu einer reflexiven Praxis habe ich die Tätigkeit der praktischen Rechtsanwendung *von außen* beschrieben. Nachdem wir uns auf diese Weise eine allgemeine und grundlegende Vorstellung von praktischer Rechtsanwendung gemacht haben, werden wir nun versuchen, sie *von innen* her zu beschreiben.²¹⁰ Vorab haben wir uns dazu mit dem Umstand befasst, dass unser professionelles Selbstverständnis dazu führt, dass wir es bevorzugen, diese *subjektive* Position unberücksichtigt lassen. Um dem zu begegnen, habe ich Ihnen erläutert, dass man die praktische Rechtsanwendung nicht nur als objektives Verfahren, sondern auch als subjektive Erfahrung begreifen können muss, wenn man sich eine reflexive Praxis aneignen will. Daran anknüpfend werde ich nun ausführen, *wie* sich das bewältigen lässt.

Die hier in Rede stehende subjektive Erfahrung bezieht sich auf die Ausübung der Tätigkeit der praktischen Rechtsanwendung, durch die wir

²¹⁰ Man kann diese Sichtweise auch zentriert oder gar egozentrisch bezeichnen. Allerdings bringen diese Begriffe stets einen Hauch von *Selbstsucht* mit sich, weshalb ich es hier dabei belassen will, von einer subjektiven Sicht beziehungsweise einer Innenperspektive zu sprechen.

versuchen, auf Zustände der Lebenswirklichkeit einzuwirken, um soziale Konflikte nachhaltig zu vermeiden und/oder aufzulösen. Es geht also darum, wie wir die Ausübung dieser Tätigkeit erleben. So gesehen ist praktische Rechtsanwendung ein besonderes Geschehen, ein Geschehen, in dem wir selbst das handelnden Subjekt sind.

Um Ihre Innenperspektive zu aktivieren, sollten Sie versuchen, Ihre Erfahrung des Geschehens der praktischen Rechtsanwendung zu artikulieren. Erzählen Sie sich hierzu zunächst die Geschichte eines von Ihnen erlebten Geschehens²¹¹ (bspw. die Abfassung eines Urteils oder die Erstellung eines Schriftsatzentwurfes): Was haben Sie gedacht? Was haben Sie gemacht? Wie hat sich Ihre Erkenntnis im Verlauf der Bearbeitung gewandelt und welche Auswirkungen hatte dies? Wie ist aus Vorüberlegungen und Entwürfen ein Schriftsatz entstanden? Welche Ideen wurden verworfen, welche setzten sich am Ende durch? Was haben Sie während der Bearbeitung empfunden? Welche Schwierigkeiten hatten Sie? Was lief besonders gut? Etc.

Das Geschehen der praktischen Rechtsanwendung beginnt dabei, wenn Sie erstmals mit ihr in Kontakt geraten, so etwa mit dem ersten Lesen der Klageschrift oder einem besorgten Anruf eines Mandanten. Sie findet ihr Ende mit Entäußerung Ihres Beitrags zur Konfliktvermeidung und/oder -lösung (Urteil, Schreiben, Schriftsatz etc.), denn mit ihr geben Sie den Vorgang aus den Händen und können Rechtswirkungen, Verfahrenswirkungen und unmittelbare tatsächliche Auswirkungen nur noch abwarten.

Ich kann die überragende Bedeutung der Fähigkeit, das eigene Denken und Handeln auf vielfältigste Arten und Weisen zu beschreiben, gar nicht genug hervorheben. Sie ist *die* wesentliche Fähigkeit, die eine er-

²¹¹ Gillie Bolton setzt sich ausführlich mit der Kraft der Narrative in der reflexiven Praxis auseinander und macht dieses Element zu einem Grundpfeiler der von ihr vorgeschlagenen reflexiven Praxis; *Bolton, Reflective Practice*, 4th ed. (2014), S. 66 ff. Sie hat in diesem Zusammenhang auch eine interessante Schreibpraxis entwickelt, die ich anderer Stelle ebenfalls aufgreifen werde; *Bolton, British Educational Research Journal*, Vol. 20, No. 1 (1994), 55-68. Aus ganz anderer Perspektive, doch in diesem Zusammenhang sehr nützlich, eine prägnante Darstellung wie Geschichten, insbesondere Drehbücher, geschrieben werden können: *Von Cossart, Story Tells, Story Sells*, 2. Aufl. (2015).

tragreiche reflexive Praxis überhaupt erst möglich macht. Beherrschen wir sie, heißt das, dass wir uns selbst als handelndes Subjekt eines Geschehens wahrnehmen und beschreiben können. Jedoch bereitet uns das Geschichtenerzählen im professionellen Kontext – nicht zuletzt aufgrund unseres wissenschaftlich geprägten professionellen Selbstverständnisses – große Schwierigkeiten. Probieren Sie es (jetzt) aus ... Sie werden merken, dass sich etwas in Ihnen sträubt, dass Sie gar nicht wissen, womit genau Sie anfangen sollen, was zu erzählen ist und was nicht. Allerdings heißt das nicht, dass Narration daher kein probates Mittel der juristischen (Selbst-) Bildung sein kann oder gar darf. Doch werden wir schon in der Schule von Anfang an dazu angehalten, Verhalten in abstrakte Konzepte zu übersetzen und zu verallgemeinern.²¹² So verwundert es nicht, dass wir in der juristischen Ausbildung sowie in der beruflichen Praxis nicht danach fragen, wie wir das Recht anwenden, sondern grundsätzlich danach, wie *man* das Recht anzuwenden hat.²¹³

Durch das Erzählen der Geschichten von unseren Rechtsanwendungen, beginnen wir das eigene Wirken als Teil eines *ganzheitlichen* Vorgangs zu sehen, in dem Menschlichkeit, Fehlbarkeit, Gefühle, Emotionen und Intuition ihren Platz und ihre Auswirkungen haben.²¹⁴ Man könnte insofern auch – noch stärker – vom *Erlebnis* der praktischen Rechtsanwendung sprechen. Diese Perspektive ist äußerst nützlich. Jerome Bruner schreibt, warum:

... we know that narrative in all its forms is a dialectic between what was expected and what came to pass. For there to be a story, something unforeseen must happen. Story is enormously sensitive to whatever challenges our conception of

²¹² Vgl. Argyris/Schön, *Theory in Practice*, 1974, S. 38.

²¹³ Das Pronomen »man« zielt stets auf Verallgemeinerung ab. Verwende ich es, dann beziehe ich die damit einhergehende Aussage nicht nur auf mich, sondern dehne Sie auch auf andere aus. So kommt ihr normative Wirkung zu und es scheint so, als könne man sich auf eine besondere Form der (kollektiven) Autorität berufen. Vgl. hierzu:

Orvell/Kross/Gelman, *Science*, Vol. 355 (2017), 1299-1302.

²¹⁴ Bolton, *Reflective Practice*, 4th ed. (2014), S. 70: »Stories are educative partly because they penetrate our understanding more deeply than our intellect, they engage all our faculties, including Emotions.«

the canonical. It is an instrument not so much for solving problems as for finding them.²¹⁵

Der Perspektivenwechsel zu den Geschichten unserer Erfahrungen erlaubt uns ferner, den Bezug unseres Wirkens zu dem Sinn und Zweck der Institution des Rechts (wieder-) herstellen. Wir können endlich die Entfernung überbrücken, die durch Objektivierung, Spezialisierung und Verwissenschaftlichung zwischen uns (als *ein* Individuum mit Leib und Seele) und unserem Wirken entstanden ist. Wer nun abwinkt und meint, dass sei Spiritismus und habe nichts mit einer ernsthaften Auseinandersetzung mit der juristischen Tätigkeit und dem Recht zu tun, der beraubt sich einer spannenden Erfahrung seiner selbst *und* seines Wirkens. Der Blick wird frei auf einen chaotischen sowie obskuren intellektuellen Vorgang, an dessen Anfang eine zunächst ungewisse Situation steht, der nach und nach eine Bedeutung zugemessen wird.²¹⁶ Wie dieser Vorgang vonstatten geht, lässt sich nicht schematisieren oder verallgemeinern, sondern kann nur erzählt werden. Eine Metapher soll uns dabei helfen: Während des Geschehens der praktischen Rechtsanwendung führen wir einen *Dialog mit der Situation*²¹⁷.

²¹⁵ Meine Übersetzung lautet: »... wir wissen, dass das Narrativ in all seinen Erscheinungsformen ein Gegensatz zwischen dem Erwarteten und dem tatsächlich Geschehenen ist. Denn damit es eine Geschichte geben kann, muss etwas Unvorgesehenes passieren. Geschichten sind äußerst sensibel in Bezug auf was auch immer unsere Auffassung von Anerkanntem ist. Eine Geschichte ist eher ein Instrument dafür, Probleme zu finden und nicht so sehr dafür, sie zu lösen.«; Bruner, *Making Stories*, 2002, S. 70.

²¹⁶ Schön, *Clinical Law Review*, Vol. 2 (1995-1996), 231 (239).

²¹⁷ Die Beschreibung einer Tätigkeit als Konversation mit der Situation geht meiner Kenntnis nach auf Ben Shahn zurück; vgl. Shahn, *The Shape of Content*, 1972, S. 49. Donald Schön baut sein Konzept »reflection-in-action« in all seinen Werken hierauf auf. Zwar zitiert er Shahn an anderer Stelle (vgl. hierzu: Bamberger/Schön, *Learning as Reflective Conversation with Materials*, in: Steier (Ed.), *Research and Reflexivity*, 1991, S. 186 (208)), bezeichnet ihn in seinen grundlegenden Werken »The Reflective Practitioner« und »Educating the Reflective Practitioner« jedoch nicht als Urheber des Konzeptes »Dialog mit der Situation«.

Die Geschichte einer Rechtsanwendung: Der Dialog mit der Situation

Versetzen wir uns in das Jahr 2011 und stellen uns eine junge Anwältin vor, die gerade als Associate in einer großen Wirtschaftsrechtskanzlei ihre berufliche Karriere beginnt. Sie ist grundsätzlich auf Restrukturierungen großer Gesellschaften spezialisiert und einem entsprechendem Team zugewiesen. Eines Tages erhält sie von der ihr vorgesetzten Partnerin den Auftrag ein Gutachten und gegebenenfalls einen darauf basierenden Klageerwiderungsschriftsatz im Entwurf zu fertigen. Es handelt sich um eine – für diesen Fachbereich – etwas ungewöhnliche Anfrage. Sie kommt von dem geschäftsführenden Vorstandsmitglied eines Großunternehmens, welches der wichtigste Auftraggeber der Kanzlei ist. Er ist an die Partnerin mit einem persönlichen Anliegen herangetreten. Der Bruder dieses Geschäftsführers betreibt ein kleines Unternehmen im Garten- und Landschaftsbau und hat Ärger wegen eines Auftrags, welchen er nebenbei in der Nachbarschaft seines Dorfes durchgeführt hat. Die unserer Anwältin vorgesetzte Partnerin ist nun im Hinblick auf die Pflege der Beziehungen zu diesem wichtigen Klienten äußerst interessiert daran, die Angelegenheit so schnell und so gut wie möglich zu behandeln. Sie will dem Geschäftsführer zeigen, dass er und sein Unternehmen gut bei der Kanzlei aufgehoben sind. Zwar ist man nicht im Bau- und Werkvertragsrecht spezialisiert, jedoch sollten die bestens ausgebildeten (und sehr gut bezahlten) Anwälte der Wirtschaftsrechtskanzlei einen derartigen Fall souverän behandeln können. Der Streitwert ist nicht besonders hoch und der Sachverhalt nicht allzu komplex. Darüber hinaus kann die neue Anwältin bei dieser Gelegenheit auf Flexibilität, Kreativität und Belastbarkeit getestet werden. Die Partnerin schildert ihr nun folgenden Sachverhalt: »Die Klägerin begehrt einen Vorschuss für Mängelbeseitigungsaufwendungen und die Feststellung der Ersatzpflicht des Mandanten für einen weitergehenden Schaden. Die Klägerin ist Eigentümerin eines Grundstücks. Sie oder ihr Ehemann und unser Mandant, der im selben Ort wohnt, vereinbarten im Anfang 2008, dass unser Mandant die Auffahrt auf dem Grundstück neu pflastern solle. Die Klägerin stellte das Material und die Geräte bis auf einen Radlader zur Verfügung. Unser Mandant führte die Arbeiten aus. Kurz danach

traten Unebenheiten auf. Nacharbeiten unseres Mandanten hatten keinen Erfolg. Ein von der Klägerin eingeleitetes selbstständiges Beweisverfahren ergab, dass Ursache für die Unebenheiten eine von unserem Mandanten zu dick ausgeführte Sandschicht unterhalb der Pflastersteine sei. Zur Beseitigung seien voraussichtlich Aufwendungen in Höhe von rund 6000 Euro brutto notwendig, welche die Klägerin nun von unserem Mandanten verlangt.«²¹⁸

Wie erlebt unsere Anwältin nun die Bearbeitung dieser Aufgabe? *Spekulieren wir* und stellen uns ihren Dialog mit der Situation vor, welcher schon während der Ausführungen ihres Vorgesetzten beginnt. Bei diesem Gespräch macht sie sich schon erste handschriftliche Notizen, und während sie zuhört, wird durch Stichwörter wie etwa »Vereinbarung, Einfahrt zu pflastern«, »Werkvertrag«, »Unebenheiten beseitigen« etc. ihr stilles Wissen²¹⁹ aktiviert, welches sie sich im Rahmen ihrer Ausbildung zu vergleichbaren Fällen angeeignet hat. Unterbewusst selektiert sie bereits Informationen im Hinblick auf die Frage: »Wer will was von wem woraus und warum?«. Durch Rückfragen an ihre Vorgesetzte versucht sie Lücken in ihrem Verständnis zu ergänzen und Missverständnisse auszuräumen. Nachdem sie mit der Fallakte unter dem Arm zurück in ihr Büro gegangen ist, macht sie sich ans Werk. Zunächst rekapituliert sie die Notizen und ihre Gedanken zu dem Gespräch. Danach macht sie sich daran, die Akte zu lesen, welche neben der Klageschrift auch Beweismitteln und weiteren Dokumenten umfasst. Sie muss die Akten nicht »wertfrei« lesen, denn ihr Ziel ist klar: Der Mandant will nicht zahlen und daher wird sie versuchen, die Grundlage jeglicher gel-

²¹⁸ Der Sachverhalt meiner Fiktion basiert *fast* wortwörtlich auf dem Sachverhalt BGH, Urt. v. 1.8.2013 - VII ZR 6/13, NJW 2013, 3167; ich habe mir hier erlaubt, den Sachverhalt in Anführungszeichen zu setzen, ohne jedoch meine Anpassungen an mein Beispiel kenntlich zu machen. Der Lesbarkeit wegen, habe ich mich gegen die Verwendung von Klammern für etwa [unser Mandant] als Ersetzung für der Bkl. entschieden.

²¹⁹ Unter stillem Wissen verstehe ich die Wissensinhalte, auf die wir zwar in einer konkreten Anwendungssituation zugreifen können, die wir aber nicht losgelöst von dieser Situation artikulieren könnten. Ein nicht-juristisches Beispiel mag der Umgang mit einer Computertastatur bieten; selbst wenn Sie sie nahezu täglich verwenden, werden Sie die Anordnung der Tasten nicht frei aus dem Kopf rekonstruieren und artikulieren können. Das Wissen um die Anordnung der Tasten ist still und verknüpft mit der Anwendungssituation.

tend gemachten Ansprüche der Klägerin in Frage zu stellen. Schließlich will sie nicht nur den Mandanten, sondern auch ihre Vorgesetzte zufriedenstellen.

Da vertragliche Ansprüche naheliegen, fragt sie sich zunächst, aufgrund welcher Vereinbarung der Mandant für die Klägerin gearbeitet hat. Hierzu konnte ihre Vorgesetzte leider keine genaue Auskunft geben. Während sie die Akte liest, beginnt sie damit, sich einen knappen Aktenauszug anzufertigen, da der Sachverhalt in entscheidenden Punkten streitig zu sein scheint. So kurz ist die Fallakte dann doch nicht; aufgrund des selbstständigen Beweisverfahrens umfasst sie etwa 90 Seiten. Weil der Ehemann der Klägerin auch noch beteiligt ist, fertigt sie eine Skizze des Sachverhaltes an, um auf diese Weise einen besseren Überblick zur Sachlage zu erhalten. Auf diese Weise erfährt sie schließlich, dass »die Klägerin behauptet, die Parteien hätten einen Werkvertrag geschlossen. Es sei ein Werklohn in Höhe von 1800 € vereinbart worden. Dabei habe man sich darauf geeinigt, dass die Bezahlung bar ohne Rechnung und ohne Abführung von Umsatzsteuer erfolgen solle. Sie habe den Betrag an unseren Mandanten bezahlt. Der Mandant behauptet, er habe nur aus Gefälligkeit bei der Pflasterung der Auffahrt geholfen, wobei ihm im Gegenzug nur die Lieferung verbilligten Brennholzes auf Vermittlung des Ehemanns der Klägerin in Aussicht gestellt worden sei.«²²⁰

In fast sieben Jahren juristischer Ausbildung hat die Anwältin eine gewisse Routine mit der Fallbearbeitung erlangt. Auch wenn sie erst relativ wenig Praxiserfahrung hat, ahnt sie schon, welche gesetzlichen Vorschriften einschlägig sein könnten. Sie nimmt sich ihren Gesetzestext und schlägt bereits die Vorschriften zum Werkvertrag auf. Gleichzeitig erinnert sie sich spontan daran, dass sie zur Vorbereitung des ersten Staatsexamens eine damals brandaktuelle Rechtsprechung des BGH zu Werkverträgen »ohne Rechnung« gelernt hat; sie kann sich nicht mehr genau entsinnen, sie vertraut jedoch darauf, dass sie die Entscheidung bei Bedarf wiederfindet und behält den Gedanken im Hinterkopf. Nebenbei schreibt sie »BGH Rspr.« auf einen Schmierzettel, den sie aus ihrer Schreibtischschublade genommen hat. Ihre Urteilskraft meldet sich bereits und sie hat das *Gefühl*, dass das Merkmal »ohne Rechnung«

²²⁰ Vgl. BGH, Urt. v. 1.8.2013 - VII ZR 6/13, NJW 2013, 3167 und siehe hierzu FN. 219.

wohl entscheidend sein wird. All diese Abläufe nimmt sie kaum bewusst wahr. Sie fängt an, auf ihrem Schmierzettel wahllos weitere Stichwörter zu notieren wie etwa »Werkvertrag nichtig?«, »Zeugenbeweis?« und »Schwarzarbeit!«.

Nachdem sich bei ihr der Eindruck verfestigt hat, den Sachverhalt hinreichend erfasst zu haben, beginnt sie sich bewusst der rechtlichen Prüfung zuzuwenden. Sie fragt sich zunächst, mit welcher Anspruchsgrundlage die Klägerin ihr Zahlungsverlangen begründen könnte und beginnt mit der Prüfung, ob ein Werkvertrag gemäß § 631 Abs. 1 BGB geschlossen worden ist. Bis zu diesem Punkt hat sie nicht ein einziges Mal innehalten müssen, um nachzudenken.

Doch nun stößt sie auf die Schwierigkeit, dass der Sachverhalt zwischen den Parteien streitig ist. Sie weiß, dass sie grundsätzlich dem Mandanten Glauben schenken darf, ist aber im Hinblick auf seine Behauptung, er habe der Klägerin lediglich einen Gefallen getan, stutzig geworden. Sie hat nämlich in der Akte gelesen, dass »die 170 Quadratmeter große Auffahrt der Belastung durch das Befahren mit einem 40t-Lkw standhalten sollte.«²²¹ Der Umfang der Arbeiten passt »irgendwie« nicht zu einer bloßen Gefälligkeit und daher stellt sich bei unserer Anwältin das Bewusstsein dafür ein, dass sie aufgrund der Ungewissheit der Beweisbarkeit der Behauptung schon jetzt in Variationen denken muss, sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht. Sie wendet sich erneut der Akte und ihrem Auszug zu. Auf der Suche nach Beweisangeboten der Klägerin hinsichtlich der behaupteten Vereinbarung eines Werkvertrages wird sie schließlich fündig: Die Klägerin hat für den Nachweis der Einigung tatsächlich Zeugen benannt.

Ihre stillen Denkmuster haben mithin zu einer *Reaktion der Aufmerksamkeit* geführt, weil das Denkschema zum Abschluss eines Werkvertrages an dieser Stelle nicht ohne Weiteres heruntergeprüft werden konnte. War bis dahin eine deduktive Denkstruktur möglich, ist sie nun nicht mehr einhaltbar. Unsere Anwältin kann schon zu diesem Zeitpunkt ihrer Auseinandersetzung mit der Situation nicht mehr allein nach dem Muster »Wenn ..., dann ... !« vorgehen, sondern muss spätestens hier *Varianz* unter Rückgriff auf das Muster »Was, wenn ... ?« in ihr

²²¹ Vgl. BGH, Urt. v. 1.8.2013 - VII ZR 6/13, NJW 2013, 3167 und siehe hierzu FN. 219.

Denken einbauen. In dem Moment, in dem Regeln, Standards oder Schemata des stillen Wissens ins Stocken geraten, können wir innerhalb des Dialoges mit der Situation den Rückgriff auf die *Methode der Variation*²²² beobachten: Die Tatsachengrundlage wird in Gedanken soweit möglich neu interpretiert, künstlich erweitert oder verkürzt, ebenso werden die rechtlichen Lösungsmuster entsprechend angepasst. Zugleich werden Lösungsmuster uminterpretiert, erweitert, verkürzt oder hinzugefügt, was sich wiederum auf die gedankliche Behandlung der Tatsachengrundlage auswirkt. Der Gedankenstrom unserer Anwältin könnte etwa so aussehen: »Gehe ich davon aus, dass mein Mandant der Klägerin tatsächlich nur einen Gefallen tun wollte, dann läge kein Werkvertrag vor ... Allerdings könnte man die Situation im Hinblick auf das erkennbare wirtschaftliche Interesse der Klägerin auch anders deuten, oder? ... Immerhin handelt es sich um eine recht große Fläche, wie groß noch einmal? ... Wie groß ist denn eigentlich *groß* bei einer Einfahrt? ... Na ja, die Tatsache, dass sie von großen Lastwagen befahren werden soll, spricht nicht gerade für eine einfache Nachbarschaftshilfe ... Was könnte ich demgegenüber erwidern? ... Egal, das Bestreiten einer Einigung müsste ausreichen, wenn die Klägerin nicht noch Beweismittel anführt; wer weiß, was die Zeugen sagen? ... Allerdings besteht die Gefahr, dass das Gericht direkt von der wirtschaftlichen Bedeutung der Angelegenheit auf einen Werkvertrag schließt. ... Das könnte heikel werden ... Wie war das nochmal mit der Haftung in Gefälligkeitsverhältnissen? ... Nehme ich also einfach mal an, wir hätten tatsächlich einen Werkvertrag vorliegen, was dann? ...«

Die Methode der Variation oder sonstige, denkbaren Formen von Gedankenexperimenten²²³ bewegen sich in aller Regel im Bereich des »Erwarteten«. Unsere Anwältin ist nicht *überrascht*, wenn ihr Schwierigkei-

²²² Diesen Begriff habe ich *Mach*, Erkenntnis und Irrtum, 2. Aufl. (1906), S. 183 ff. entnommen. Mach schreibt dort »Über Gedankenexperimente« und bezeichnet die Methode der Variation als die Grundmethode des Experimentierens (S. 183). Die Methode der Variation ist sehr allgemein. Man könnte etwa Hafts Methode zum kombinatorischen Denken zur Herstellung des Sachverhaltes als eine besondere Form der Variation bezeichnen; siehe hierzu: *Haft*, Juristische Schreibschule, 2009, S. 208 ff.

²²³ Vgl. zu verschiedenen Formen des Gedankenexperimentes: *Mach*, a. a. O., S. 188 ff. (insb. S. 189, 191, 192, 195) sowie *Schön*, The Reflective Practitioner, 1983, S. 141 ff.

ten bei der rechtlichen Prüfung oder der Konstruktion der Tatsachengrundlage begegnen. Sie ist nicht überrascht, weil diese Unstimmigkeiten und Konflikte fester Bestandteil ihrer alltäglichen praktischen Arbeit sind.²²⁴

Allerdings kann sie durchaus an den Punkt gelangen, an dem sie schlicht und ergreifend *nicht weiter weiß*. Bloße Variation des implizitem Wissens und der Tatsachengrundlage führt sie dann nicht weiter. In solchen Fällen wird sie auf Denkstrategien zurückgreifen, die Donald Schön als »reflection-in-action« bezeichnet:

Reflection-in-action has a critical function, questioning the assumptional structure of knowing-in-action. We think critically about the thinking that got us into this fix or this opportunity; and we may, in the process, restructure strategies of action, understandings of phenomena, or ways of framing problems.²²⁵

In Fällen der Ratlosigkeit gehen wir demnach sozusagen einen Schritt weiter und begeben uns auf die Ebene der Metakognition, das heißt, wir prüfen das eigene Denken und die eigene Wahrnehmung.²²⁶ Solche Wahrnehmungsvorgänge sind nichts Besonderes, sondern etwas Alltägliches. Und auch während der Rechtsanwendung erleben wir, wie wir diese Wahrnehmungsstrategien unwillkürlich zum Einsatz bringen. So auch unsere Anwältin, die hinsichtlich der möglichen Nichtigkeit eines möglichen Werkvertrages zwischen Klägerin und Mandant zunächst einmal ratlos ist: »Da weiß ich im Moment nicht weiter ... Der BGH hat doch eigentlich gesagt, es sei treuwidrig sich auf die Nichtigkeit der Ab-

²²⁴ Schön, *Educating the Reflective Practitioner*, (1987), S. 29: »We can say, in cases like these, that the performer responds to variation rather than surprise because the changes in context and response never cross the boundaries of the familiar.«

²²⁵ Schön, a. a. O., S. 28. Meine Übersetzung lautet: »»Reflection-in-action« hat eine kritische Funktion. Sie besteht darin die Struktur der Grundannahmen, auf welchen das Wissen *in* unseren Handlungen beruht, zu hinterfragen. Wir überdenken kritisch das Denken, welches uns in diese Klemme oder zu dieser Gelegenheit geführt hat; und im Verlauf dieses Prozesses werden wir unter Umständen unsere Handlungsstrategien, unser Grundverständnis der jeweiligen Phänomenen oder unsere Art und Weise, Probleme zu formulieren neu strukturieren.«

²²⁶ Eine Einführung in die Wissenschaft der Metakognition bieten Dunlosky/Metcalfe, *Metacognition*, 2001. Dort auf S. 1 findet sich die Bemerkung, dass Metakognition eigentlich nur bedeutet: »...having a thought [...] about a cognition.«

rede zu berufen, wenn mal selbst schlecht geleistet habe ... Schwarzarbeitsgesetz hin oder her, wenn es zutreffen sollte, dass mein Mandant hier tatsächlich Mist gebaut haben sollte, ist die Interessenlage in meinem Fall genauso wie in dem Fall, den der BGH 2008 entschieden hat ... Da muss ich meinen Gedankengang nochmal genau nachvollziehen! ... Klar, die Treuwidrigkeit beurteilt sich ja auch danach, warum der Vertrag nichtig ist ... Ach, mit diesen Verbotsgesetzen im Sinne von § 134 BGB hatte ich schon immer Schwierigkeiten.«

Unsere Anwältin hatte von Anfang an eine grobe Vorstellung davon, in welche Richtungen sich die Bearbeitung des Falles bewegen *könnte*. Davon ausgehend entwickelte sie eine Idee, wie sie mit ihrer Aufgabe umgehen kann. Doch diese Idee muss im weiteren Verlauf ihrer Auseinandersetzung mit der Situation flexibel bleiben, denn Überlegungen auf ihrer Grundlage führen wiederum zu Erkenntnissen, welche die Idee modifizieren und schließlich auf den Umgang mit der Situation zurückwirken.²²⁷ Aus einer Idee werden viele; Ideen, die im Geiste aufkommen und wieder in den Hintergrund treten, ein konstanter Fluss an Ideen, der vielleicht von größeren Strömungen dominiert wird, was man eigentlich denken will.²²⁸ Die Idee nimmt Gestalt durch den Dialog mit der Situation – ein Dialog deswegen, weil die Anwältin sowohl kreativ (»Was, wenn ... ?«) als auch reaktiv agiert (»Wenn ..., dann ... !«). Bildlich ausgedrückt, spricht sie mit der Situation, die Situation antwortet, sie wiederum hört zu und reagiert entsprechend.²²⁹ Sie *muss* sich auf diese Weise mit der Situation vertraut machen und sie dabei gleichzeitig for-

²²⁷ Vgl. Schön, *The Reflective Practitioner*, 1983, S. 163 f.

²²⁸ Siehe Shahn, *The Shape of Content*, 1972, S. 49. Shahn schreibt zur Herstellung eines Gemäldes: »But idea itself must always bow to the needs and demands of the material in which it is to be cast. [...] Idea itself - ideas, many ideas move back and forth across his mind as constant traffic, dominated perhaps by larger currents and directions, by what he wants to think. Thus the idea rises to the surface grows, changes and develops. So one must say that painting is both creative and responsive. It is an intimately communicative affair between the painter and his painting, a conversation back and forth, the painting telling the painter even as it receives its shape and form.« Vgl. auch die Ausführungen oben, FN. 217.

²²⁹ Schön, a. a. O., S. 132.

men, denn die Situation ist *einzigartig*, komplex, geprägt durch Vieldeutigkeit und zeitlich strukturiert. Sofern sie der Situation noch keine Bedeutung zugemessen hat, der in ihr das Gefühl der Zufriedenheit weckt, wird sie den Dialog und die Variation fortführen. Es ist wie in einem zwischenmenschlichen Gespräch: Hat man nicht den Eindruck, sich mit seinem Gegenüber auf ein gemeinsames Sinnverständnis geeinigt zu haben, *spricht man einfach weiter*, bis ein solches gemeinsames Verständnis erreicht ist.²³⁰ Wie in einem zwischenmenschlichen Gespräch versucht man auf verschiedenste Art und Weise den Dialog mit der Situation aufrecht zu erhalten, bis man ihr einen zufriedenstellenden Sinn gegeben hat. Was zufriedenstellend ist, bemisst sich am eigenen Qualitätsempfinden und an der individuelle Urteilskraft. Zu wissen, wann man weitere Bemühungen einstellen kann, ist ebenfalls eine beneidenswerte Fähigkeit *guter* Rechtsanwender.

Wie in einem Zwiegespräch können die Denk- und Handlungsansätze der Anwältin im Laufe des Dialogs unbeabsichtigte Veränderungen herbeiführen, die ihr eine neue Bedeutung zumessen und neue Ansätze notwendig werden lassen²³¹: »Selbst wenn hier ein Werkvertrag vorliegt, könnte dieser wegen der »ohne-Rechnung-Abrede« nichtig sein ... Hilft mir das? ... Der BGH hat doch in dem Urteil vom April 2008 ausgeführt, dass es treuwidrig sei, sich gegenüber Mängelansprüchen aufgrund einer solchen Abrede auf die Nichtigkeit zu berufen ... Hat sich nicht die Gesetzeslage geändert? ... Hier kann ich vielleicht für unseren Mandanten argumentieren; das muss ich mal durchspielen ... Vorher schaue ich aber mal in den Palandt und das neue Gesetz zur Schwarzarbeit ... Ja, das könnte klappen ... So kann der Rückgriff auf § 242 BGB unter Umständen unterbunden werden ... § 1 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz muss doch ein Verbotsgesetz sein ... Das würde unseren Fall auf den Kopf stellen!«

²³⁰ Olson, *The world on paper*, 1994, S. 180: »In face-to-face contexts, the solution is relatively simple. The way to decide the intended meaning of an oral utterance is to keep talking until some understanding and agreement is reached. The actual language utilized in the process cannot be taken as the definitive agreement; the agreement is the mutual understanding.«

²³¹ Schön, *The Reflective Practitioner*, 1983, S. 131.

An dieser Stelle wird besonders deutlich, inwiefern jeder *Einzelfall* als einzigartig zu behandeln ist. Denn auch wenn es im Jahr 2008 bereits einen höchstrichterlich entschiedenen Fall zu Nachbesserungspflichten eines Werkunternehmers bei Vereinbarung einer »ohne-Rechnung-Abrede« gegeben hat, reicht eine Gesetzesnovelle aus, um die Behandlung vergleichbarer Fälle grundlegend abzuwandeln.²³² Hält man sich nun vor Augen, dass es noch zahllose weitere Variablen gibt, in welchen zwei Geschehnisse der Lebenswirklichkeit differieren (zum Beispiel: Zeit, Ort, Menschen, Interessen, Hintergründe oder Handlungskontext) dann kommt man sehr schnell zu der Erkenntnis, dass die wahre Kunst des routinierten praktischen Rechtsanwenders darin besteht, sich so spät wie möglich für *eine* Idee zur Lösung eines Einzelfalls zu entscheiden.²³³ Wir kennen die Bedeutung dieser Fähigkeit bereits aus unseren ersten Studienjahren, in denen es einem noch häufig widerfahren ist, dass man an einer Fallfrage »vorbeigeschrieben« hat, da man meinte, in dem zu bearbeitenden Sachverhalt eine aktuelle Entscheidung des BGH wiederzuerkennen. Mit einer Lösung, die vermeintlich der höchstrichterlichen Rechtsprechung entspricht, lag man dann besonders selbstbewusst vollkommen falsch. Klausurensteller wissen, dass es regelmäßig nur die Variation einer Variablen der Fallgestaltung bedarf, um eine Vielzahl der Prüfungskandidaten auf das Glatteis zu führen.

Der *Dialog* mit der Situation der praktischen Rechtsanwendung kann keinem zwingendem Muster folgen.²³⁴ Denn es ist nicht möglich, die Situation auf einmal gedanklich zu erfassen. Kann man die Situation nicht mit einem Mal vollständig überblicken, kann man auch nicht von vornherein wissen, wie die Situation angemessen behandelt werden soll.²³⁵ Gleichzeitig brauchen wir jedoch schon so früh wie möglich eine ungefähre Ahnung, eine Idee, welcher Umgang mit der Situation *angemessen*

²³² Julius Hermann von Kirchmann lässt grüßen.

²³³ Der Gedanken entstammt Rittel/Webber, Policy Sciences, No. 4 (1973), 155 (164) »But by »essentially unique« we mean that, despite long lists of similarities between a current problem and a previous one, there always might be an additional distinguishing property that is of overriding importance. Part of the art of dealing with wicked problems is the art of not knowing too early which type of solution to apply.«

²³⁴ Schön, The Reflective Practitioner, 1983, S. 131 f.

²³⁵ Vgl. Rittel/Webber, a. a. O., 155 (161).

sein könnte. Wenn sich also unsere Anwältin an die Situation und das Problem heranfragt, muss sie etwaige Lösungen schon im Hinterkopf haben, weil sie nur dann auch dazu in der Lage ist, überhaupt die richtigen Fragen zu stellen.²³⁶ Nähert sie sich der Situation auf diese Weise an, denkt sie folglich nicht bloß deduktiv »von oben nach unten«, sondern auch »hin und her« sowie »vor und zurück«: »Wenn mein Mandant im Wege der Nachbarschaftshilfe tätig wird, muss er nicht haften, oder? ... Die Unebenheiten können doch allenfalls auf leichte Fahrlässigkeit zurückzuführen sein ... Halt! ... Die Auffahrt war ja ziemlich groß ... Es ist unstreitig, dass sie für 40-Tonner bestimmt ist ... Wie wirkt sich das auf die Haftung aus? ... Ich schaue nochmal in die Akte, ob ich eventuell etwas zur Absprache zur Haftung übersehen habe ... Ich muss aber schon einmal im Hinterkopf bewahren, dass man unter Umständen vom Vorliegen eines Werkvertrages ausgehen muss ... Mit der Nichtigkeit kommen wir vielleicht weiter, als mit dem Gefälligkeitsverhältnis.– Nichtig wonach eigentlich? ... § 134 oder § 139 BGB?«

Es ist nicht allein *der Blick* der zwischen Gesetz und Sachverhalt hin und her wandert, Rechtsanwendung erschöpft sich nicht allein in Hermeneutik.²³⁷ Vielmehr sind es die Gedanken der Anwältin die zwischen Lösungen und Problemen hin und her sowie vor und zurück springen, um der Situation nach und nach eine Bedeutung zu geben, der die Rechtsanwenderin zufrieden stellt. Wenn wir über die Rechtsanwendung als eine Erfahrung nachdenken, haben wir es viel häufiger mit der Situation zu tun, dass der Blick vom Gesetz oder Sachverhalt *abwandert*, weil die Gedanken schon ganz woanders sind. Das Hin- und Herwandern des Blickes ist seit mehr als einem halben Jahrhundert eine Platitude unter Juristen, wenn es darum geht den Abgleich des Geschehens der Lebenswirklichkeit mit potenziell einschlägigen Gesetzesnormen zu beschreiben.²³⁸ Karl Engisch *musste* auf diese Metapher zurückgreifen,

²³⁶ Rittel/Webber, Policy Sciences, No. 4 (1973), 155 (161).

²³⁷ In diesem Zusammenhang mag man an Josef Essers Ausführungen zum Vorverständnis des Rechtsanwenders denken; Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1972. Mir geht es hier jedoch nicht allein um die Frage, wie der Rechtsanwender Texten einen Sinn gibt, sondern vielmehr der ganzen Situation, mit der er sich konfrontiert sieht.

²³⁸ Engisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl. (1963), S. 14 ff.

als er den Versuch unternahm, die Gesetzesanwendung logisch zu erschließen, denn er hatte das Problem, dass logische Studien, die grundsätzlich einen geschlossenen Kontext voraussetzen, klare Bezugspunkte benötigen: Wer etwas ableiten oder herleiten will, braucht immer einen Anfangspunkt. Aus A folgt B. Doch diese Herangehensweise mündet geradewegs in das Unverständnis eines Phänomens, wenn dieses vielschichtig und vieldeutig ist und der Umgang mit ihm rekursive Vorgehensweisen erfordert. Man nehme etwa die Herleitung »aus Ei folgt Huhn« und gelange so zu der Frage, wer eigentlich das Ei gelegt habe. Derartiges lässt sich nicht logisch herleiten, sondern nur plausibel erklären.²³⁹

Ebenso verhält es sich mit dem Denken unserer Anwältin und eines jeden Menschen. Wir können nicht genau sagen, wie jemand einer Situation einen Sinn zu geben vermag, was am Anfang und was am Ende steht. Deduktive Begründungsstrukturen und syllogistische Formen sind rationale Rahmen²⁴⁰, die zufälliges, erratisches und flüchtiges Denken einfangen und ihm eine Gestalt geben sollen.

Unsere Anwältin tastete sich also nach und nach an die Situation heran und gab ihr eine zufriedenstellende Bedeutung, welche sie später durch das Gutachten und den Schriftsatzentwurf anderen vermitteln wird. Durch Gedankenexperimente, die Methode der Variation und die Reflexion während der Rechtsanwendung entwickelte sie eine Definition des Problems und eine entsprechende Lösung, bis sie mit dieser auf Basis ihrer Urteilskraft hinreichend zufrieden war. Durch dieses Einwirken auf die Situation wurde sie selbst ein Teil von dieser.²⁴¹ Im Verlauf des Geschehens durchlebte sie verschiedenste Empfindungen; von Souveränität, Zweifel und Überraschung bis hin zu Ratlosigkeit. Unter Umständen erfuhr sie Zeitknappheit oder gar -druck, wurde sich der Mensch

²³⁹ Weick, Der Prozeß des Organisierens, 1995, S. 112: »Wenn zwei beliebige Variablen in interdependenter Beziehung stehen, dann ist es eine willkürliche Festlegung, die eine von ihnen als *Ursache*, die andere als *Wirkung* zu bezeichnen.«

²⁴⁰ Vgl. Pavčnik, Juristisches Verstehen und Entscheiden, 1993, S. 570.

²⁴¹ Schön, The Reflective Practitioner, 1983, S. 163.

-lichkeit der Beteiligten gewahr und war durch die Vielschichtigkeit und Vielfältigkeit der Situation gefordert.

Mit der Metapher von dem Dialog mit der Situation wollte ich vor allen Dingen zeigen, wie sich eine Geschichte der Erfahrung eines Geschehens der praktischen Rechtsanwendung erzählen lässt. Von außen mag man dieses Geschehen im Nachhinein auf ein methodisches, systematisches und »juristisches« Verfahren reduzieren können. Die subjektive Erfahrung dieses Geschehens lässt sich nur erzählen.

Was Rechtsanwender tun

Für eine sinnvolle Reflexion reicht es nicht aus, wenn Sie sich darauf beschränken, was sich in Ihrem Inneren abspielt. Die subjektive Erfahrung des Geschehens einer praktischen Rechtsanwendung ist jedoch nicht darauf beschränkt. Sie umfasst zudem unser tatsächliches Verhalten und wie wir dieses erleben. Das heißt, die Erfahrung umfasst auch, was Sie *tun*, wenn Sie versuchen, auf Zustände der Lebenswirklichkeit einzuwirken, um soziale Konflikte nachhaltig zu vermeiden und/oder aufzulösen. Wenn ich mir einen Rechtsanwender bei seiner Tätigkeit vorstelle, dann sehe ich jemanden vor meinem geistigen Auge, der *liest*, *schreibt*, *nachdenkt* und mit anderen *spricht*. Der Rechtsanwender baut keine Maschinen, er legt nicht die Hand am Menschen an, er bereitet keine Speisen zu, er behaut keinen Stein. Der Rechtsanwender arbeitet mit Sprache, in Wort und in Schrift. Nachfolgend wollen wir über diese Arbeit nachdenken, denn ich will ein Bewusstsein dafür wecken, was wir *tun*, wenn wir den Dialog mit der Situation der praktischen Rechtsanwendung führen.

Der Rechtsanwender *liest*, wobei sich das Lesen nicht auf das Auslegungslesen von Gesetzen oder das »wertfreie« Lesen eines Sachverhaltes beschränkt. Er überfliegt eine Akte, er überblickt Suchresultate in einer Entscheidungsdatenbank, er liest sich in fachfremden Inhalten ein, er sieht seinen eigenen Schriftsatz auf Rechtschreibfehler durch; er prakti-

ziert das gezielte Lesen einer Kommentierung, das analytische Lesen des Schriftsatzes der Gegenseite, das Schnelllesen einer Fachzeitschrift etc.

Der Rechtsanwender *denkt nach*. Allerdings sitzt er dabei äußerst selten einfach nur still und stumm da. Das Denken realisiert sich vielmehr im Schreiben, und wenn der Rechtsanwender *schreibt*, erschöpft sich das Schreiben nicht in der Abfassung des zu entäußernden Ergebnisses. Der Rechtsanwender notiert, skizziert und entwirft. Er markiert, streicht durch und verbindet. Er beschreibt Schmierzettel, Karteikarten und Post-Its. Akten und Fachliteratur versieht er mit Unterstreichungen, Anmerkungen und sonstigen Marginalien. Er fertigt Auszüge, Zusammenfassungen, Skizzen, Tabellen, Mind Maps und Gliederungen an.

Professionelle Rechtsanwender sind den Großteil ihrer Zeit mit derartigen Handlungen befasst. Rechtsanwendung kann insofern auch als eine äußerst vielfältige *Arbeit am Papier* beziehungsweise am Bildschirm beschrieben werden. Doch wenn wir aus fachlicher oder wissenschaftlicher Sicht versuchen, zu erklären, was Rechtsanwendung ist und wie sie vonstatten geht, dann reduziert sich unsere Wahrnehmung in aller Regel auf das gezielte Lesen von Gesetz und Sachverhalt sowie das *Aufschreiben* von Gutachten, Schriftsätzen oder Urteilen. Diese Reduktion dient der Konzentration auf wichtige und teilweise schwierige Arbeitsschritte. Allerdings führt sie nebenbei aber auch zu einer Bewertung und Kategorisierung der einzelnen Variationen des Lesens und Schreibens, die deren tatsächlicher Bedeutung nicht gerecht wird. So kann man zum Beispiel das analytische Lesen von § 817 S. 2 BGB oder die Abfassung eines verwaltungsgerichtlichen Urteils aus dieser Sicht als *primäre* Tätigkeiten der Rechtsanwendung bezeichnen. Dahingegen wären etwa die schriftliche Gliederung der rechtlichen Prüfung oder das gezielte Lesen einer Kommentarstelle lediglich *sekundäre* – ja man könnte auch sagen: *zweitrangige* – Tätigkeiten.

Nach unserem allgemeinen professionellen Selbstverständnis kommt es auf solche sekundären Tätigkeiten nicht entscheidend an. Die Diskreditierung der sekundären Tätigkeiten geht Hand in Hand mit dem Umstand, dass dem individuellen Rechtsanwender keine entscheidende Rolle beigemessen wird. Wenn man Rechtsanwendung als die Anwendung

standardisierter Lösungsmuster auf die im Einzelfall vorliegenden Probleme versteht, sollte das entäußerte Ergebnis der Rechtsanwendung eben dieses Vorgehen abbilden. Was das Individuum unternimmt, um ein solches fachgerechtes Ergebnis zu erzielen, bleibt ihm mehr oder weniger selbst überlassen, die Anwendung des Verfahrens wird sein Verhalten lenken. Mindestanforderung an ein fachgerechtes Ergebnis ist, dass die deduktive Struktur der Darstellung des Verfahrens der Problemlösung intersubjektiv nachvollziehbar macht. Schauen wir uns beispielsweise den Auszug einer fiktiven Urteilsbegründung an, dann können wir umgehend erkennen, welche Normen den geltend gemachten Anspruch begründen und warum sie zur Anwendung kommen: »Die Widerklage hat Erfolg. Die Beklagte kann von der Klägerin die Rückgabe der Mieträume in geräumten Zustand verlangen, § 546 Abs. 1 BGB. Das Mietverhältnis zwischen den Parteien ist mit der fristlosen Kündigung der Beklagten wirksam beendet worden. Das Recht zur außerordentlichen fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund wird von der Parteivereinbarung im Mietvertrag nicht berührt, da § 543 Abs. 1 BGB unabdingbar ist (BGH, Urteil vom 05.06.1992, LwZR 11/91, NJW 92, 2628). Die Regelung des § 543 Abs. 1 BGB soll unabhängig von der individuellen Vertragsgestaltung sicherstellen, dass jede Partei fristlos kündigen kann, soweit ihr eine Fortsetzung des Vertrages unzumutbar ist. Die fortdauernd unpünktliche Zahlung der Miete durch die Klägerin stellt einen wichtigen Grund im Sinne des § 543 Abs. 1 S. 2 BGB dar. Sie hat es mehrfach versäumt ...«

Das Produkt der Rechtsanwendung – hier das Urteil – zeigt, welche Vorschriften der erkennende Richter für einschlägig hält, wie er sie interpretiert und inwiefern der Sachverhalt die so herausgearbeiteten Voraussetzungen erfüllt. Allerdings lässt das Produkt der Rechtsanwendung nur sehr eingeschränkt auf den tatsächlichen Prozess seiner Herstellung schließen. Zwar können wir das fertige Urteil analysieren und uns fragen, wie der Richter wohl vorgegangen sein wird, um diese Sätze zu Papier zu bringen. Jedoch werden wir dann in aller Regel bemüht sein, schlusszufolgern, welche »objektiven« Denkmuster hinter den sauber formulierten Ausführungen stecken könnten. Darüber, welche Techniken des Lesens und Notierens der Richter angewendet hat, können wir hingegen anhand des Produktes noch nicht einmal spekulieren.

Der fertige Text lässt uns für sich genommen nicht nachvollziehen, ob er den Text mit einem Mal »herunterdiktiert«, einen Textentwurf mehrfach überarbeitet oder ihn zum größten Teil aus digitalen Textbausteine zusammengesetzt hat.

Gleichwohl kommt es letzten Endes in aller Regel auf das entäußerte Ergebnis der praktischen Rechtsanwendung an. Allerdings verfallen wir durch diese Fixierung auf das Produkt unserer Tätigkeit allzu leicht dem Glauben, dass man von der Darstellung einer rechtlichen Lösung *hinreichend* auf ihre Herstellung schließen könnte.²⁴² Wir werden den chaotischen Vorgängen im Vorfeld dadurch nicht gerecht. Wir lassen einen Großteil der *Anstrengungen*, welche ein fachgerechter juristischer Beitrag zur Lösung eines sozialen Konfliktes erfordert, unberücksichtigt. Metaphorisch ausgedrückt: Wir trennen das Essen auf dem Teller von den Geschehnissen in der Küche.²⁴³

Während meiner juristischen Ausbildung hat diese Trennung bei mir zu einem Gefühl der Perplexität geführt. In der juristischen Ausbildung (gleich ob an der Universität oder in der Praxis) wird nämlich der Schwerpunkt auf die Produktanalyse gelegt, um zu vermitteln, wie Recht angewendet wird.²⁴⁴ Das Handwerk der Herstellung bleibt jedoch dem Individuum überlassen. Wer lernen will, ein Gutachten zu produzieren, der bekommt gezeigt, wie ein Gutachten auszusehen hat und wie man im Gutachtenstil schreibt. Wer ein Urteil schreiben will, muss sich demgegenüber den Urteilsstil aneignen. Man könnte zu dem Eindruck gelangen, dass derjenige, der den Stil einer bestimmten Darstellung beherr-

²⁴² Hinzu kommt, dass man grundsätzlich dazu neigt, Arbeitsschritte und konkrete Vorgehensweisen im Rahmen der schriftlichen Problemlösung sehr schnell zu vergessen - diese Information werden sozusagen aus dem »Arbeitsspeicher« des Gehirns gelöscht. Ein Effekt, der insbesondere das Nachdenken über rückblickend trivial erscheinende Handlungen im Verlauf der Bearbeitung erschwert. Siehe hierzu *Flower/Hayes*, *College Composition and Communication*, Vol. 32, No. 4 (1981), 365 (377).

²⁴³ Diese Metapher habe ich *Taleb*, *The Black Swan*. 2nd Ed. (2010), S. 8 entnommen: »This disconnect is similar to the difference between the food you see on the table at the restaurant and the process you can observe in the kitchen.«

²⁴⁴ Diese Beobachtung machten Flower und Hayes in Bezug auf die Schreibdidaktik; siehe: *Flower/Hayes*, *College English*, Vol. 39, No. 4 (1977), S. 449: »We help our students analyze the product, but we leave the processes of writing up to inspiration.«

sche, gleichzeitig auch wisse, wie sich das Darzustellende erarbeiten lässt. Immerhin haben Gutachten- und Urteilsstil direkten Bezug zu den juristischen »Denkmustern«, wie etwa der deduktiven Begründungsstruktur und dem syllogistischen Schluss.

Im Zusammenhang mit den Reflexionen über die Rechtsanwendung als ein objektives Verfahren hatten wir bereits festgestellt, dass dieser Zusammenhang von Ausdrucksformen und Denkmustern nicht zu einer Gleichsetzung oder Verwechslung führen darf. An dieser Stelle will ich jedoch auf einen weiteren Aspekt der Schwierigkeiten der juristischen Textproduktion hinaus, und zwar, dass weder juristische Denkweisen noch juristische Stilformen etwas darüber aussagen, was *genau* ich eigentlich in den ersten zwei bis zweieinhalb Stunden der Bearbeitungszeit einer Klausur *tun* muss. Fest steht, dass mir noch nicht ein Prüfungskandidat oder Praktiker begegnet ist, der bloß stundenlang still nachgedacht und schließlich seine Lösung in reinstem Gutachten- oder Urteilsstil niedergeschrieben hätte. Einmal abgesehen davon, dass es nur schwer möglich ist, die Arbeitsweise anderer umfassend nachzuvollziehen, wird man im Rahmen einer reflexiven Praxis feststellen, dass selbst das Ergründen der eigenen Arbeitsweise nicht ohne Weiteres möglich ist. Wer sich im Nachhinein nur das Produkt seiner Tätigkeit ansieht, neigt dazu, die Schwierigkeiten, den Erkenntnisverlauf und all die kleinen Zwischenziele während der Bearbeitung zu vergessen.²⁴⁵ Wer sich beispielsweise vier Tage lang mit einem Rechtsgutachten für seinen Mandanten abgemüht hat, wird sich rückblickend kaum noch daran erinnern, was er alles gelesen und notiert hat. Er wird die kleinen Zwischenschritte hin zur Lösung nicht mehr rekonstruieren können, und insbesondere der Entwurf am Computer lässt die zahllosen Anpassungen, Löschungen und Ergänzungen hinter einer makellosen Benutzeroberfläche verschwinden.

Es verwundert daher nicht, dass die Abläufe der Her- und Darstellung einer rechtlichen Lösung häufig miteinander vermischt, verwechselt und schlimmstenfalls gleichgesetzt werden. Allerdings kann diese Konfusion negative Auswirkungen auf die Ergebnisse der eigenen Arbeit haben. Welcher Gestalt, zeigt uns eine kurze Auseinandersetzung mit den – wie

²⁴⁵ Flower/Hayes, *College Composition and Communication*, Vol. 32, No. 4 (1981), 365 (377).

sich auch immer äußernden – Vorüberlegungen zu einer rechtlichen Lösung. Die *notwendige Vorbedingung* für die Abfassung eines guten, überzeugenden Gutachtens oder Urteils ist nämlich, dass man eine zufriedenstellende²⁴⁶ Lösung vor Augen hat, bevor man sich an ihre Darstellung begibt. Bevor ich anderen etwas zeige, muss ich auch wissen, was ich ihnen zeigen muss, zeigen kann oder nicht zeigen sollte. Das Urteil ist hierfür ein Paradebeispiel. Will ich eine Urteilsbegründung verfassen, die meine Entscheidung trägt, muss ich zunächst einmal meine Entscheidung getroffen haben. Dazu muss ich den Fall jedoch *umfassend* durchdacht haben, um herauszufinden, was meine Entscheidung tragen könnte, trägt und eben nicht trägt. Viel Arbeit muss gerade auch in das investiert werden, was letztlich *nicht* geschrieben wird. Dies gilt ebenso für das Gutachten, auch wenn manch einer meint, hier könne man eher »drauflosschreiben«. Doch dient ein Gutachten nicht dazu, den gesamten Erkenntnisverlauf einer Rechtsanwendung abzubilden, sondern anderen (in aller Regel professionellen Rechtsanwendern) zu vermitteln, wie eine Situation einer fachgerechten rechtlichen Lösung zugeführt werden *könnte*. Dabei besteht eine Hauptaufgabe des Rechtsanwenders in der Unterscheidung und Trennung des Entscheidungserheblichen vom Unerheblichen. Um jedoch zu wissen, was im jeweiligen Fall erheblich ist und was nicht, muss man das Ganze vor Augen haben. Jedoch bedingt der Umstand, dass man die Situation der Rechtsanwendung in aller Regel nicht mit einem Mal überblicken und durchschauen kann, ein Phänomen, welches ich *Relativität der Interpretation* nenne. Unsere Aktivitäten sind an den Lauf der Zeit gebunden und ferner sind wir nur eingeschränkt dazu in der Lage, Dinge gleichzeitig zu tun. So kann ich beispielsweise grundsätzlich erst Aktenstück A und dann Aktenstück B lesen, $(A \rightarrow B)$. Eine Aussage über die Relation von A und B, $((A + B) \rightarrow ?)$, kann ich freilich erst dann tätigen, *nachdem* ich beide gelesen haben. Meine Interpretation von B wird durch meine Kenntnis von A beeinflusst und regelmäßig verändert sich im Lichte von B auch mein Verständnis von A, $(A \rightarrow B)$. Die Relativität der Interpretation besagt also,

²⁴⁶ Das Gefühl der Zufriedenheit mit einem Lösungsansatz wird von der Urteilskraft bedingt; unter dem Einfluss von Wissen, Erfahrung und Routinen gelangt man zu einer hinreichenden Sicherheit, dass die Lösung, welche man vor Augen hat, angemessen sein kann.

dass meine Interpretation *stets relativ* zu meinem *jeweiligen* Kenntnisstand ist. Dieses Phänomen erklärt, warum wir das Ganze vor Augen haben müssen, bevor wir eine angemessene Lösung niederschreiben können.

Für jeden fachgerechten Beitrag zur Vermeidung oder Auflösung eines sozialen Konfliktes, gleich ob Gutachten, Schriftsatz oder Urteil, ist es erforderlich, Schwerpunkte zu setzen. Schwerpunkte können jedoch immer nur in Relation zu Nebensächlichem und schließlich zu Unbedeutendem gesetzt werden. Ohne das Ganze vor Augen zu haben, ist dies nur sehr eingeschränkt möglich, da ansonsten erst später gewonnene Erkenntnisse die Interpretation des Ganzen *disruptiv* verändern können. So etwa wenn ich kurz vor Abschluss meiner Arbeit, doch noch Aktenstück C lese, zu einem neuen Verständnis von A und B gelange und schließlich meinen bisherigen Schriftsatzentwurf auf Grundlage von A und B *komplett* neufassen muss, $(A + B) \neq ((A + B) + C)$.

Das Ganze vor Augen zu haben, bedeutet jedoch nicht, sich vor der Niederschrift auf *eine* Lösung festgelegt zu haben. Ein Entwurf ist niemals absolut verbindlich. Das Ganze vor Augen zu haben, heißt vielmehr, eine bestimmte Vorstellung davon zu haben, welchen Verlauf die Darstellung der Lösung aller Wahrscheinlichkeit nach nehmen wird. Die Darstellung kann so zielstrebig in Angriff genommen werden, ohne vollständig von der kritischen Prüfung der eigenen Ausführungen abzusehen.

Wer über die praktische Rechtsanwendung als eine subjektive Erfahrung eines besonderen Geschehens nachdenkt, wird feststellen, dass auch er auf Routinen des *Mitschreibens* während des Nachdenkens zurückgreift. Auf diese Weise behalten wir während des Dialoges mit der Situation den Überblick und vergegenwärtigen uns unseren jeweiligen, im Wandel begriffenen Kenntnisstand. Das besondere Geschehen Rechtsanwendung umfasst daher auch die handwerkliche Auseinandersetzung mit der Situation. Wenn wir uns von der Vorstellung lösen, dass nur *primäre* Tätigkeiten »echte« Rechtsanwendung sei, dann wird ersichtlich, wie viel Zeit wir tatsächlich mit Spielarten des Lesens und Schreibens verbringen, die eher als zweitrangig angesehen werden. Ich denke, ich kann ge-

trost behaupten, dass *jeder* Rechtsanwender in irgendeiner Form Notizen oder sonstige Schreibspuren hervorbringt, bevor er sich der endgültigen Niederschrift seines Ergebnisses zuwendet. Gewiss ist der Umfang der Notizen stets abhängig vom Umfang und der Komplexität der jeweiligen Situation. Der routinierte Vorsitzende einer Strafkammer am Landgericht mag zwar eine schwere Straftat verhandeln, dieser kann jedoch ein simpler, bereits ausermittelter Geschehensablauf zu Grunde liegen (Zum Beispiel: X erschießt den Y. X gibt glaubhaft an: »Ich habe Y erschossen, weil ich sein Geld haben wollte.«). Hier ist all das, was für die einzelne Rechtsanwendung relevant ist schon weitestgehend verschriftlicht, und daher wird sich der Richter vor und nach der Verhandlung kaum Notizen anfertigen: Wer nicht denken muss, muss auch nicht viel schreiben. Anders liegen die Dinge, wenn es sich um ein sogenanntes Umfangverfahren mit einem komplexen Sachverhalt und einer Vielzahl von Beteiligten handelt (Beispiel: NSU-Verfahren). Hier werden die Richter der Kammer zwangsläufig auf eine Vielzahl von Notizen und dergleichen angewiesen sein: Übersichtstabellen, Sachverhaltsskizzen, Aufstellungen der Beteiligten, Aktenauszüge, Zusammenfassungen von Literaturrecherche zu einer Rechtsfrage, Gliederungen einer rechtlichen Vorabwürdigung etc. Diese Schreibarbeit, die nicht entäußert wird, ist essenziell, damit wir der Situation der Rechtsanwendung, mit der wir konfrontiert werden, einen Sinn geben können. Die Situation ist komplex, vielfältig und vieldeutig. Wir können ihr nicht ohne Weiteres einen Sinn zumessen. Wir können nicht alles wissen und müssen daher auf Gesetzestexte und Fachliteratur zurückgreifen. Wir können uns nicht an alles erinnern und müssen daher aufschreiben, was uns wichtig erscheint. Wir können nicht in Gedanken einen umfangreichen Schriftsatz entwerfen und müssen daher auf dem Papier oder Bildschirm skizzieren, wie dieser aussehen könnte. Wir müssen schreiben, lesen und denken, um zu einer Vorstellung von dem Problem und der Lösung zu gelangen.

Die elementaren Rahmenbedingungen des Geschehens der praktischen Rechtsanwendung

Wenn wir der Rechtsanwendung einen Bezug zur Lebenswirklichkeit zuschreiben und uns ihr als eine besonderes Geschehen annähern, dann tragen wir dem Umstand Rechnung, dass unsere Tätigkeit nicht in einem methodischen Vakuum stattfindet, sondern durch die Rahmenbedingungen der jeweiligen Anwendungssituation beeinflusst wird. Rahmenbedingungen sind solche Zustände, Umstände und sonstige Gegebenheiten, die dem Geschehen der Rechtsanwendung ihr Gepräge geben. Darüber hinaus lassen sie sich jedoch nur schwer qualifizieren und quantifizieren. Es gibt eine nahezu unüberschaubare Menge an potentiellen Rahmenbedingungen, die sich zusätzlich auch noch in Kombination auftreten und sich in ihren Merkmalen überlagern können. Im Hinblick auf die Vielfalt der Möglichkeiten vermag ich hier nur einige Beispiele aufzuzählen:

- Ressourcen (z. B.: Zeit, Geld, Daten und Informationen),
- Wettbewerb und Konkurrenz,
- allgemeine Arbeitsbedingungen²⁴⁷,
- informelle Programme (Verfahrensweisen, die nicht fixierte und systematisiert sind und doch einer diffizilen Ordnung folgen, welche professionelle Beachtung fordert und Sanktionen bei Verletzung vorsieht, wie z.B. die Vornahme einer Beweisaufnahme mit kindlichen Zeugen)²⁴⁸,
- formelle Programme (Verfahrens-, Formvorschriften und sonstige verbindlichen Normen),

²⁴⁷ Beispiele finden sich bei *Hassemer*, Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik, in: Festschrift Heike Jung, 2007, S. 231 (258) und umfassen unter anderem die unterschiedlichen Arbeitsbedingungen von Spruchkörpern und Einzelrichtern, den Umfang von Arbeitspensen, die Grade der Sagbarkeit von Entscheidungsgründen sowie die Belastung mit einer Vielzahl von Prognoseentscheidungen.

²⁴⁸ *Hassemer*, a. a. O., S. 231 (251).

- Rechtslagen (beeinflussen die Rechtsdogmatik und professionelle Routinen)²⁴⁹,
- gesellschaftlicher und politische Kontext,
- Komplexität,
- Motivation,
- Interessen der Beteiligten (wirtschaftlicher, ideeller und affektivistischer Natur, insbesondere die Sorge um die eigene Reputation) sowie ein
- drohendes Haftungsrisiko.

Diese exemplarische, ungeordnete und bei Weitem nicht vollständige Aufzählung lässt bereits erahnen, wie breit das Spektrum möglicher Rahmenbedingungen gewählt werden kann. Eine weitere Ausdifferenzierung ist an dieser Stelle allerdings nicht erforderlich. Es ist fester Bestandteil der reflexiven Praxis, sich über die Rahmenbedingungen der individuellen Anwendungssituation Gedanken zu machen und ihnen eine Bedeutung zuzuschreiben. So wird sich etwa der Richter am Amtsgericht Gummersbach Arbeitsbedingungen gegenübersehen, die sich erheblich von denen einer Richterin am Amtsgericht Köln unterscheiden: die Räumlichkeiten, die Organisation der Geschäftsstelle, die Organisation des Geschäftsplanes, die Kommunikation mit den Kollegen, die Menge, der Umfang und die Eigentümlichkeiten der zu bearbeitenden Fälle etc. Es macht jedoch im Rahmen dieser Arbeit keinen Sinn, den Einfluss dieser Unterschiede auf das jeweilige Erleben der Rechtsanwendung zu behandeln. Bestenfalls dürfte der Einfluss solch organisatorischer und lokaler Rahmenbedingungen nur klein sein, es ist jedoch Aufgabe des Einzelnen diesen zu überprüfen und im Auge zu behalten.

Sinn und Zweck dieses Abschnittes ist es demgegenüber, zu zeigen, welche *elementaren Rahmenbedingungen* das besondere Geschehen der praktischen Rechtsanwendung prägen. Wir werden uns nachfolgend drei Faktoren zuwenden, die meiner Ansicht nach eine *jede* Rechtsanwendung fundamental beeinflussen. Gleich ob Richter in Gummersbach, Partnerin in Düsseldorf, Notar in Aachen oder Referendarin in Köln, *diese* Faktoren bestimmen, wie ein jeder Rechtsanwender seine Tätigkeit

²⁴⁹ Siehe hierzu in aller Ausführlichkeit: *Hassemer*, Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik, in: Festschrift Heike Jung, 2007, S. 231 (256).

erlebt. Es handelt sich dabei um die Konfrontation mit Vielfältigkeit, Komplexität und Vieldeutigkeit, den Faktor Zeit und schließlich die Menschlichkeit der Beteiligten.

Es ist nicht Sinn und Zweck der nachfolgenden Ausführungen, die genannten Faktoren allgemeingültig zu definieren, erschöpfend zu beschreiben und wissenschaftlich zu durchdringen. Vielmehr wollen wir beim Thema dieser Arbeit bleiben, nämlich *kritisch* über unsere Tätigkeit als Rechtsanwender nachzudenken und zu Erkenntnissen zu gelangen, welche wir auf uns selbst zurückbeziehen können. Wir wollen die elementare Rahmenbedingung der praktischen Rechtsanwendung nicht definieren, sondern über sie reflektieren, um die praktische Rechtsanwendung als eine subjektive Erfahrung begreifen zu können.

Die Konfrontation mit Vielfältigkeit, Komplexität und Vieldeutigkeit

Das Geschehen der praktischen Rechtsanwendung bringt stets eine Konfrontation mit Vielfältigkeit, Komplexität und Vieldeutigkeit mit sich. Bevor nun in Anbetracht dieser Fachbegriffe falsche Schlüsse gezogen und unzutreffende Erwartungen geweckt werden, muss ich sogleich klarstellen, dass ich im Rahmen dieser Arbeit *keine* Systemtheorie, Erkenntnistheorie, Entscheidungstheorie oder Komplexitätsforschung betreiben kann und auch nicht den Anschein erwecken will, dies zu tun. Für unsere Zwecke ist es nicht erforderlich, dass wir versuchen, das Recht als ein komplexes System zu beschreiben und zu erklären. Im Nachfolgenden möchte ich Sie nämlich lediglich darauf aufmerksam machen, inwiefern das Geschehen der Rechtsanwendung aufgrund seiner Beschaffenheit zu einer kognitiven Herausforderung werden kann.

Begrifflicher Hintergrund

Vielfältigkeit umfasst eine Fülle an sich unterscheidenden Elementen einer Menge oder Gesamtheit; dabei können die Elemente grundlegend

verschiedenartig oder bloße Variationen eines bestimmten Typs sein.²⁵⁰ Wenn etwa ein Obstteller unsere Menge darstellt, dann sind die einzelnen Früchte auf diesem Teller die Elemente dieser Menge. Befinden sich Äpfel, Birnen und Bananen auf unserem Obstteller, ist diese Menge an Obst vielfältig aufgrund der Verschiedenartigkeit ihrer Elemente. Ein Obstteller, auf dem wir Äpfel von verschiedenen Apfelsorten vorfinden, ist aufgrund der Variation der Elemente vielfältig. Freilich ist die Frage der Vielfältigkeit insofern immer einer Frage der Definition und Eingrenzung des Bezugsobjektes. Etwas plastischer drückt dies Scott Page aus:

There are many ways to describe diversity. Each affects how much diversity we see in a particular situation. I may walk into a furniture store and see tremendous diversity in style. You may walk in and see no diversity at all – just a bunch of bedroom furniture.²⁵¹

Im Kern geht es bei der Vielfältigkeit um Verschiedenartigkeit und Varianz. Dabei handelt es sich um relative Attribute. Ein Sommelier wird beispielsweise unterschiedliche Rotweine nicht als Variation (der Gattung Rotwein) wahrnehmen, sondern über ein derart differenziertes Verständnis von Wein verfügen, dass er von einer Verschiedenartigkeit der Weine ausgeht. Wer dagegen von Wein keine Ahnung hat, wird dazu neigen, Weiß- und Rotwein als Variationen von Wein zu bezeichnen. Hier wird man in Bezug auf die Zuordnung der Weine von präzisen oder unpräzisen, nicht aber von wahren oder falschen Aussagen sprechen können.

Diese Ausführungen sollten uns eine ausreichende Vorstellung von dem Konzept der Vielfältigkeit geben. So können wir uns nun darauf einigen, dass beispielsweise das Individualarbeitsrecht eine *vielfältige* Regelungsmaterie ist, weil es eine Vielzahl an unterschiedlichen Regelungskomplexen umfasst. Dies sind unter anderem das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB), das Kündigungsschutzgesetz, das Bundesurlaubsgesetz

²⁵⁰ Page, Diversity and Complexity, 2011, S. 19 ff.

²⁵¹ Page, a. a. O., S. 19. Meine Übersetzung lautet: »Es gibt viele unterschiedliche Möglichkeiten den Begriff der Vielfalt zu beschreiben. Ich kann beispielsweise ein Möbelgeschäft betreten und eine große Vielfalt an Stilrichtungen wahrnehmen. Sie mögen den selben Laden betreten und überhaupt keine Vielfalt bemerken – Sie sehen bloß eine Menge Schlafzimmernmöbel.«

(BUrlG), das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) und das Gesetz über Arbeitnehmererfindungen (ArbnErfG); all diese und weitere einschlägige Regelungskomplexe dienen dazu, juristische Probleme mit der unselbstständigen Erwerbstätigkeit zu vermeiden oder aufzulösen.

Vielfältigkeit bezeichnet jedoch nicht nur die Verschiedenartigkeit und Varianz der einzelnen Elemente, sondern kann sich darüber hinaus auch auf ihre unterschiedliche Zusammenstellung beziehungsweise Anordnung beziehen. Als Beispiel kann hierfür die Vielfältigkeit möglicher gesetzlicher Normkombinationen dienen. Die gesetzlichen Voraussetzungen einer vom Anwender angestrebten Rechtsfolge müssen oftmals aus vielen einzelnen Regelungen entnommen und zusammengefasst werden.²⁵² Die Gesamtheit der jeweils einschlägigen Tatbestandsmerkmale muss dazu aus einem »Grundtatbestand« und zusätzlichen Regelungen zusammengesetzt werden.²⁵³ Welche Norm im konkreten Fall den »Grundtatbestand« bildet und welche Normen zur Ergänzung herangezogen werden müssen, hängt von der intendierten Rechtsfolge ab.²⁵⁴ Die Vielfalt der Anordnungsmöglichkeiten gesetzlicher Vorschriften, führt mithin zu einem flexiblen Regelungswerk. So kann etwa § 285 Abs. 1 BGB als »Grundtatbestand« dazu herangezogen werden, um als Rechtsgrundlage für die Abtretung eines Ersatzanspruches zu dienen. Der Anspruch auf Abtretung des Ersatzanspruches aus § 285 Abs. 1 BGB kann aber auch als Einrede im Sinne von § 320 Abs. 1 S. 1 BGB im Rahmen der Prüfung des »Grundtatbestandes« Anspruch auf Kaufpreiszahlung gemäß § 433 Abs. 2 BGB relevant werden.

Die verschachtelte Prüfung eines Anspruchs auf Kaufpreiszahlung und der Einrede nach § 320 Abs. 1 BGB in Zusammenhang mit einer sogenannten Drittschadensliquidation, kann als *komplex* bezeichnet werden. *Komplexität* soll hier als objektiver²⁵⁵ Zustand²⁵⁶ verstanden werden,

²⁵² Zippelius, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl. (2012), S. 25.

²⁵³ Ebd.

²⁵⁴ Zippelius, a. a. O., S. 28.

²⁵⁵ Komplexität ist insoweit objektiv, als dass man es messen und beziffern kann. Allerdings gibt es eine Vielzahl an Verwendungszwecken und Darstellungsweisen des Konzepts Komplexität; vgl. Page, Diversity and Complexity, 2011, S. 24 ff. Ferner findet sich bei Lloyd, IEEE Control Systems Magazine, Vol. 21, No. 4 (2001), 7-8, eine umfassende,

welcher sich dadurch auszeichnet, dass wir es mit interessanten, vielschichtigen Strukturen oder Zuständen zu tun haben, die nicht ohne Weiteres nachvollzogen, beschrieben und/oder vorhergesagt werden können²⁵⁷, da sie durch ein *vielschichtiges In-, Mit- und Gegeneinander* einer vielfältigen Menge an Elementen ausgebildet werden.²⁵⁸ Das eben angesprochene Regelwerk des Individualarbeitsrechts ist nicht bloß durch kombinatorische und heterogene Vielfältigkeit geprägt, sondern ist im Hinblick auf seine vielschichtigen Rechtsquellen und deren systematisches Zusammenwirken im Einzelfall ebenfalls komplex.

Komplexität wird gemeinhin häufig mit Kompliziertheit gleichgesetzt. Zwar liegen diese beiden Konzepte sehr nah beieinander, allerdings ist eine Differenzierung sehr hilfreich für ein besseres Verständnis der Komplexität. Etwas ist *kompliziert*, wenn es schwierig beziehungsweise schwer zu durchschauen ist. Kompliziertheit bezieht sich mithin auf die persönliche Wahrnehmung einer Situation²⁵⁹ und ist demnach ein subjektives Konzept. Der juristische Laie wird regelmäßig allein die sprachliche Formulierung von § 211 Abs. 2 StGB als kompliziert bezeichnen, während der Jurastudent im dritten Semester wohl eher die Unterscheidung von täter- und tatbezogenen Mordmerkmalen und ihre rechtliche Auswirkung kompliziert nennt. Die Beziehung von Kompliziertheit und Komplexität kann nach all dem so verstanden werden, dass die subjektive Wahrnehmung von etwas als kompliziert, von den persönlichen Ei-

jedoch nicht erschöpfende Liste mit Maßstäben der Komplexität, die über 40 Einträge umfasst.

²⁵⁶ Donald A. Norman schreibt: »I use the word ›complexity‹ to describe a state of the world.«; vgl. *Norman*, *Living with Complexity*, 2011, S. 2.

²⁵⁷ Vgl. *Page*, *Diversity and Complexity*, 2011, S. 17.

²⁵⁸ Ich habe bewusst darauf verzichtet, den Komplexitätsbegriff hier noch ausführlicher zu definieren, da ich darin keinen weiteren Nutzen für den von mir verfolgten Zweck sehe. Für eine Vertiefung verweise ich auf die Einführungen: *Page* *Diversity and Complexity*, 2011 sowie *Dittes*, *Komplexität*, 2012. Für den Juristen gedacht ist Fritjof Hafts Definition der Komplexität; Nach Haft ist diese durch sieben Merkmale gekennzeichnet: »Es gibt eine Mehrzahl von Aspekten. Die Aspekte bilden Aspekt-Hierarchien. Die Aspekte sind ›Mehr-oder-Minder‹-Aspekte. Die Aspekte bilden ein System. Das System ist eigendynamisch. Es gibt eine Vielzahl von möglichen Zielen (Polytelie). Zwischen den Zielen gibt es Konflikte und Widersprüche. Es gibt Informationsdefizite.«; *Haft*, *Juristische Schreibschule*, 2009, S. 28.

²⁵⁹ Vgl. *Norman*, a. a. O., S. 2 ff.

enschaften des Wahrnehmenden *und* dem Grad der Komplexität des Wahrnehmungsgegenstandes abhängt. Eine erfahrene Fachanwältin für Individualarbeitsrecht wird die gesetzlichen Regelungen zur ordentlichen Kündigung nicht als kompliziert wahrnehmen, wohl aber als komplex bezeichnen. Bei Fragen der betrieblichen Altersvorsorge (die in aller Regel Beziehungen zum Sozial- und Steuerrecht haben) wird jedoch auch sie von einer hoch komplexen sowie komplizierten Regelungsmaterie sprechen.

Situationen, die dem Geschehen der Rechtsanwendung zugrunde liegen, werden nicht nur durch Vielfältigkeit und Komplexität geprägt. Darüber hinaus beinhalten sie so gut wie immer mindestens ein Element des *Vieldeutigen*. Das Vieldeutige zu definieren erscheint kurios, gelingt aber mit einer pragmatischen negativen Definition: Das Vieldeutige *ist nicht* eindeutig; sobald einem Datum, einer Information, einem Geschehen oder einem Zustand *mehr als eine* Bedeutung zugemessen wird, *können* diese Elemente vieldeutig sein. Sie *sind* vieldeutig, sobald wir ihre Eindeutigkeit nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststellen und belegen können. Anders ausgedrückt: Kommen wir mit vertretbarem Aufwand nicht zur Eindeutigkeit, handelt es sich um Vieldeutigkeit. Diese Erwägungen erinnern an den wohl wichtigsten ungeschriebenen Grundsatz des Strafverfahrens, namentlich »in dubio pro reo«: Wenn Zweifel an der Schuld des Angeklagten verbleiben, darf er nicht verurteilt werden. Zweifel können während der Rechtsanwendung in vielerlei Hinsicht aufkommen und sie sind häufig mit der Vieldeutigkeit verknüpft. Diese kann unzählige Erscheinungsformen und Gründe haben. Nachfolgend möchte ich drei Phänomene der Vieldeutigkeit näher erörtern, nämlich Mehrdeutigkeit, Kontingenz und Vielversionalität.

Das für uns wohl offensichtliche Phänomen der Vieldeutigkeit ist die *Mehrdeutigkeit* der Sprache. Sie ist das Geschäft des professionellen Rechtsanwenders, denn sein Rat und seine Tat werden in aller Regel erst dann benötigt, wenn es um die Interpretation von geschriebenen oder gesprochenen Wörtern geht. Wer kann beispielsweise schon *eindeutig* sagen, was Besitz an einer Sache sein soll, wenn dieser gemäß § 854 Abs. 1 BGB »durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sa-

che erworben« wird? Wenn Menschen darüber streiten, was Besitz ausmacht, geht es in aller Regel darum, wer am Ende der Auseinandersetzung die Sache *behalten* darf. Dabei wird mit Wörtern gestritten, die ein Hin und Her zulassen. Die Mehrdeutigkeit der menschlichen Kommunikation ist dabei kein Makel, den es zu beseitigen gilt, sondern beinhaltet vielmehr das Potential, einer Situation im Kontext der Sozialsphäre einen angemessenen Sinn zuzumessen.

Eine weiteres Phänomen der Vieldeutigkeit ist *Kontingenz*. Insbesondere Wertungs- und Abwägungsentscheidungen werden durch sie geprägt. Zu diesem Begriff schreibt Niklas Luhmann:

Kontingent ist etwas, was weder notwendig ist noch unmöglich ist; was also so, wie es ist (war, sein, wird), sein kann, aber auch anders möglich ist. Der Begriff bezeichnet mithin Gegebenes (Erfahrenes, Erwartetes, Gedachtes, Phantasiertes) im Hinblick auf mögliches Anderssein; er bezeichnet Gegenstände im Horizont möglicher Abwandlungen. Er setzt die gegebene Welt voraus, bezeichnet also nicht das Mögliche überhaupt, sondern das, was von der Realität aus gesehen anders möglich ist.²⁶⁰

An anderer Stelle schreibt er:

[Der Kontingenzbegriff ist] ein Urteil über Seiendes, das dessen Möglichkeit bejaht, also Unmöglichkeit ausschließt, aber seine Notwendigkeit verneint. Auf Kontingenz zu achten heißt demnach, Seiendes (oder in anderen Zusammenhängen: Aussagen über Seiendes) im Lichte anderer Möglichkeiten zu betrachten: als abhängig von, als geeignet zu, als Alternative für ...²⁶¹

Wir wollen uns hier nicht mit der systemtheoretischen Bedeutung der Kontingenz für die Rechtstheorie auseinandersetzen²⁶², sondern das Augenmerk darauf richten, dass wir Situationen begegnen, die man auch anders *sehen, erleben, beschreiben* und *behandeln* kann, weil unsere Sichtweisen, Erfahrungen, Beschreibungen und Behandlungen in bestimmten Situationen nicht erschöpfend sind und ihnen mithin keine absolute Geltung zukommen kann. Wenn ich behaupte, Situationen der Rechtsanwendung sind durch Kontingenz geprägt, will ich damit aus-

²⁶⁰ Luhmann, Soziale Systeme, 15. Aufl. (2012), S. 152 m. w. Nw.

²⁶¹ Luhmann, Kontingenz und Recht, 2013, S. 32 f. m. w. Nw.

²⁶² Hierzu kann man Luhmann, Kontingenz und Recht, 2013 sowie ders., Das Recht der Gesellschaft, 1995 zur Hand nehmen.

Rechtsanwendung sind durch Kontingenz geprägt, will ich damit ausdrücken, dass wir nicht davon ausgehen können, dass wir stets eine *eindeutige* Antwort auf die sich während der Rechtsanwendung stellenden Fragen geben können. In Fällen der Kontingenz ist die Vieldeutigkeit keine Frage von mangelnden Informationen, fehlender Erkenntnis oder Wahrscheinlichkeiten. Kontingenz kann daher nicht beseitigt werden; insbesondere auch nicht dadurch, indem wir etwa noch mehr Daten ansammeln und Informationen verarbeiten (mehr lesen, mehr ermitteln, mehr schreiben etc.) oder gründlicher und gewissenhafter arbeiten. Mit Kontingenz können wir nur umgehen, indem *wir uns* entscheiden, und das obwohl, streng genommen, eine kontingente Situation nicht entschieden werden kann. Hierzu schreibt Günther Ortman:

Autoren wie Jacques Derrida (1991), Heinz von Foerster (1992) und Niklas Luhmann (2000) sind sich darüber einig, dass Entscheidungen in einem emphatischen Sinne, das heißt, vernünftige, begründungsbedürftige und begründete Entscheidungen, genau dann nötig sind, wenn sie unmöglich sind. Wir müssen die »Kluft der Kontingenz« – alle Entscheidungen sind so-und-auch-anders möglich, sonst gäbe es keinen Entscheidungsbedarf – ohne perfekte Begründungsbrücken überwinden.²⁶³

Ich möchte noch auf eine letzte Variation der Vieldeutigkeit aufmerksam machen, da sie eine interessante Perspektive auf die Arbeit des Rechtsanwenders zur Herstellung des der rechtlichen Prüfung zu Grund zu legenden Sachverhaltes wirft. Dabei handelt es sich um die »*Vielversionalität*²⁶⁴« der Wirklichkeit. Fritz Breithaupt hat dieses Konzept entwickelt, um die menschliche Praxis der Ausrede zu erklären. Seine Ausführungen sind jedoch auch in unserem Kontext interessant. Verstehen wir die Wiedergabe eines Geschehens in sprachlicher Form (Text oder Rede) schlicht als die *Abbildung* eines Sachverhalt, so handelt es sich um eine Bericht.²⁶⁵ In einem Bericht wird schlicht mitgeteilt, was man wahrgenommen hat.²⁶⁶ Berichte können aus verschiedenen Perspektiven heraus

²⁶³ Ortman, Berliner Debatte Initial, Band 15 (2004), 18 (20 f.).

²⁶⁴ Fritz Breithaupt erklärt sein Konzept in *Breithaupt, Kultur der Ausrede*, 2012, S. 38 ff.. Der Begriff der Vielversionalität wird insbesondere auf den S. 53 ff. erläutert.

²⁶⁵ Breithaupt, a. a. O., S.47.

²⁶⁶ Breithaupt, a. a. O., S.48.

erteilt werden oder verschiedene Aspekte des Geschehens herausstellen. Der Adressat der Berichte kann dann diese Aspekte des umfassenderen Gesamtsachverhalts zusammenfassen.²⁶⁷ Dies ist beispielsweise der Fall, wenn verschiedene Zeugen zu verschiedenen Aspekten eines Falles befragt werden.²⁶⁸ Von verschiedenen Versionen sprechen wir dann, wenn die verschiedenen Wiedergaben eines Geschehens sich wechselseitig zumindest in einem Punkt ausschließen.²⁶⁹ Kurz: Berichte decken und ergänzen sich, Versionen widersprechen sich.

Die potenzielle »Vielversionalität« der Wirklichkeit, also der Umstand, dass wir regelmäßig mit einer Vielzahl an Versionen der Wirklichkeit konfrontiert werden, kann vielfältige Gründe haben. Breithaupt nennt etwa, sachliche Widersprüche von Berichten, unterschiedliches Wissen und Verständnis der Wiedergebenden, sprachliche Mehrdeutigkeit, unterschiedliche Intentionen der Wiedergebenden, differierende Wiedergabe von Emotionen und Gefühlen, differierende Wiedergabe von Werturteilen, Zuweisung von Verantwortung und moralische Erwägungen.²⁷⁰ Wir sehen also, dass die Wahrscheinlichkeit mit einer Vielzahl von Versionen eines Geschehens konfrontiert zu werden zunimmt, wenn das Geschehen komplex und vieldeutig ist sowie kontingente Elemente beinhaltet.

Praktische Rechtsanwendung ist primär mit der Auflösung sozialer Konflikte befasst, die ihre Ursache in einem bereits abgeschlossenen Geschehen haben. Eine wesentliche Aufgabe des Rechtsanwenders besteht nun darin, den entscheidungserheblichen Sachverhalt festzustellen und wiederzugeben. Dazu muss er regelmäßig eine Vielzahl an Versionen abgleichen. Der Kläger behauptet, der Beklagte bestreitet. Der Mandant gibt an, die Gegenseite erwidert. Dem Angeklagten wird zur Last gelegt, dieser gibt vor. Der für uns entscheidende Punkt an der »Vielversionalität« ist, dass der Rechtsanwender stets nur eine *weitere* Version erstellen kann. Selbst wenn ihm Zeugenaussagen, Gutachten, Video-, Foto- und Tonmaterial zur Verfügung stehen, wird er selber nicht berichten können, was wirklich geschehen ist, sondern lediglich *seine* Version des Ge-

²⁶⁷ Breithaupt, Kultur der Ausrede, 2012, S.48.

²⁶⁸ Ebd.

²⁶⁹ Ebd.

²⁷⁰ Breithaupt, a. a. O., S.50-53.

schehens wiedergeben können. Die »Vielversionalität« lässt sich nicht beseitigen, weil es keine Urversion²⁷¹ des Geschehenen gibt (welche etwa durch besonders gründliche Recherche und Ermittlungen zu Tage gefördert werden könnte). Einen *absoluten* Sachverhalt gibt es nicht, und eine *objektiven* Sachverhaltsdarstellung ist spätestens dann unmöglich, wenn es – wie so oft in der praktischen Rechtsanwendung – darum geht, den am Geschehen Beteiligten ein Bewusstsein oder eine Absicht zuzusprechen. Fritz Breithaupt erklärt die »Vielversionalität« als eine notwendige Begleiterscheinung der Menschlichkeit der Handelnden und Wiedergebenden:

[Die] subjektive Einwirkung des Handelnden auf die Handlung und des Erzählers auf das Erzählte ist entscheidend. Sie geht so weit, dass die Handlung und das Dargestellte (als das, was im Bericht der Sachverhalt ist) in jeder Hinsicht davon geprägt ist, oder sein könnte. Je nach dem von uns unterstellten Bewusstsein beziehungsweise je nach unterstellter Intention bestimmen wir, welche Handlung vorliegt, und unterscheiden etwa zwischen Unfall, Leichtsinn, Fahrlässigkeit oder Verbrechen. Es gibt, wenn wir von Handelnden mit Bewusstsein sprechen, keine neutrale empirische Beschreibung, selbst wenn die Bewegungsfolge identisch ist. Die Handlung Adams [...] könnte im Essen des Apfels bestehen oder in dem Ausführen einer Anweisung Evas. Eine Tat kann im Mord eines anderen bestehen oder in der Selbstverteidigung, bei der der andere zu Tode kommt. In beiden Fällen ändert die Definition derselben Tat ihre Beurteilung und Bewertung.

Es gibt keine Urversion einer empirischen Realität, die verschiedene Erzähler schlicht anders wiedergeben. Selbst wenn äußerlich verwandte Sachverhalte von zwei verschiedenen Erzählern verarbeitet und verbalisiert werden, stehen diese zwar nicht in einem logischen Gegensatz, schließen sich aber dennoch wechselseitig aus. Es ist diese Rolle des Bewusstseins der anderen, das Narration möglich und notwendig macht.²⁷²

Sobald Menschen in ein Geschehen involviert sind, lässt sich also mit Wittgenstein sagen, dass alles, was wir sehen, auch anders sein könnte und alles, was wir überhaupt beschreiben können, auch anders sein

²⁷¹ Breithaupt, Kultur der Ausrede, 2012, S.56; siehe auch das nachfolgende Zitat Breithaupts im Fließtext.

²⁷² Breithaupt, a. a. O., S.56 f.

kann.²⁷³ Zur Verdeutlichung des Letztgesagten noch zwei Beispiele aus Raymond Queneaus »Stilübungen«, ein Buch, in dem Queneau *ein* Geschehen in 98 verschiedenen Variationen wiedergibt.

Angaben

Im Autobus der Linie S, zur Hauptverkehrszeit. Ein Kerl von etwa sechsundzwanzig Jahren, weicher Hut mit Kordel anstelle des Bandes, zu langer Hals, als hätte man daran gezogen. Leute steigen aus. Der in Frage stehende Kerl ist über seinen Nachbarn erbost. Er wirft ihm vor, ihn jedes mal, wenn jemand vorbeikommt, anzurempeln. Weinerlicher Ton, der böse klingen soll. Als er einen leeren Platz sieht, stürzt er sich darauf.

Zwei Stunden später sehe ich ihn an der Cour de Rome, vor der Gare Saint-Lazare, wieder. Er ist mit einem Kameraden zusammen, der zu ihm sagt: »Du solltest dir noch einen Knopf an deinen Überzieher nähen lassen.« Er zeigt ihm wo (am Ausschnitt) und warum.²⁷⁴

Und zum Vergleich:

Ignoranz

Ich weiß gar nicht, was man von mir will. Ja, ich hab gegen Mittag den S genommen. Ob viele Leute drin waren? Selbstverständlich, um diese Zeit. Ein junger Mann mit weichem Hut? Das ist gut möglich. Ich, ich gucke mir die Leute nicht so genau an, die mir vor der Nase stehn. Das ist mir scheißegal. Eine Art geflochtene Kordel? Um den Hut rum? Ich gebe zu, dass das was Ausgefallenes ist, aber mich, mich lässt das kalt. Eine geflochtene Kordel ... Er soll sich mit einem anderen Herrn gestritten haben? So was kommt vor.

Und dann soll ich ihn ein oder zwei Stunden später von neuem gesehen haben? Warum nicht? Im Leben gibt es noch viel seltsamere Dinge. So erinnere ich mich, dass mein Vater mit oft erzählte, dass ...²⁷⁵

²⁷³ Wittgenstein, Tractatus logico-philosophicus, 34. Aufl. (2013), S. 88, Ziff. 5.634.

²⁷⁴ Queneau, Stilübungen, 4. Aufl. (2014), S. 7.

²⁷⁵ Queneau, a. a. O., S. 45.

Vielfältigkeit, Komplexität und Vieldeutigkeit der praktischen Rechtsanwendung

Nachdem wir uns den begrifflichen Hintergrund zur Vielfältigkeit, Komplexität und Vieldeutigkeit erarbeitet haben, sollten wir nun über eine ausreichende gemeinsame Vorstellung dieser Konzepte verfügen, um *weiterzudenken*. Ich habe die vorangegangenen Ausführungen bewusst sehr allgemein gehalten, da uns Vielfältigkeit, Komplexität und Vieldeutigkeit im Rahmen der praktischen Rechtsanwendung in unterschiedlichster Art und Weise und an unterschiedlichsten Stellen begegnen und wir hier einen möglichst umfassenden Eindruck von möglichen Auswirkungen dieser Faktoren gewinnen wollen.

Die *Lebenswirklichkeit* ist komplex, vielfältig und vieldeutig. Sobald wir es mit der Feststellung und Beurteilung menschlichen Verhaltens zu tun bekommen, müssen wir uns mit einem vielschichtigen Ineinander verschiedenster Umstände und Merkmale auseinandersetzen. Dort wo Menschen interagieren, herrscht individuelle Vielfalt und bestehen unterschiedlichste Anschauungen, Interessen, Wertvorstellungen und Wahrnehmungshorizonte; man könnte insofern auch von sozialer Komplexität²⁷⁶ sprechen. Uns ist diese Erfahrung vertraut und sobald an einem rechtlich relevanten Geschehen mehr als zwei Personen beteiligt sind, greifen wir regelmäßig zu intellektuellen Hilfsmitteln wie Notizen, Skizzen oder Tabellen, um uns einen Überblick zu verschaffen.

Die *Institution des Rechts* ist komplex, vielfältig und vieldeutig. Dabei sprechen wir nicht nur von den Regelungskomplexen (verzweigte Normkombinationen, Ausnahmeregelungen, Regelungslücken, Normkollisionen, fragmentarische Rechtsquellen etc.), sondern auch von der Durchführung rechtlicher Verfahren (Zuständigkeiten, Rechtswegeröffnung, Fristen und Termine, Geschäftsverteilung, Verfahrensordnungen, etc.) und der rechtlich relevanten Kommunikation (Fachsprache, Formalia etc.). Als umfassendes Musterbeispiel für die Vielfältigkeit, Komplexität und Vieldeutigkeit der Lebenswirklichkeit und der Institution des Rechts mag ein Gerichtsverfahren historischen Ausmaßes dienen, wie etwa das NSU-Strafverfahren vor dem Oberlandesgericht München.

²⁷⁶ Jeff Conklin verwendet den Begriff »social complexity« in ähnlicher Weise; siehe Conklin, Dialogue Mapping, 2006, S. 23 ff.

Die *intellektuellen Werkzeuge und Techniken* des Rechtsanwenders sind vielfältig und komplex. So sind zum Beispiel Vorgehensweisen zur Feststellung des entscheidungserheblichen Sachverhaltes (etwa die Anfertigung eines Aktenauszuges) oder zur Auslegung von Gesetzen von Gesetzen nicht ohne Weiteres in die Tat umzusetzen, sondern erfordern das Spiel mit einer Vielzahl von Variablen. Schließlich sind auch die zum Einsatz kommenden, *gegenständlichen Arbeitsmittel* komplex, vielfältig und vieldeutig. Man denke nur an den Umgang mit dem Computer (Textverarbeitungsprogrammen, Zeiterfassungsprogrammen, digitalen Online-Datenbanken etc.) oder den juristischen Printmedien (Gesetzestexte, Kommentare, Fachzeitschriften etc.). So hängt beispielsweise das richtige Lesen eines Kommentars von dem Verständnis des Textlayouts (zum Beispiel der Fett- oder Kursivdruck von Schlüsselbegriffen oder Fundstellen) und der Funktionen der Paratexte (wie etwa Geleitwörter, Anmerkungen, Inhaltsverzeichnisse oder Indexe) ab.

Festzuhalten bleibt, dass wir während der praktischen Rechtsanwendung auf verschiedensten Ebenen mit Komplexität, Vielfältigkeit und/oder Vieldeutigkeit umzugehen haben, nämlich auf Ebene des tatsächlichen Geschehens, auf Ebene des Rechts als Institution, auf Ebene des Rechts als Werkzeug oder auf Ebene der intellektuellen und gegenständlichen Werkzeuge der Rechtsanwendung. Aufgrund dessen kann praktische Rechtsanwendung als ein Geschehen beschrieben werden, in der es uns nicht ohne Weiteres möglich ist, die Situation zu verstehen, zu deuten und ihr angemessen zu begegnen. Anders ausgedrückt: Es ist nicht möglich, die Situation mit einem Mal zu erfassen und umgehend mögliche Konflikte, Probleme und entsprechende Lösungen zu benennen. In diesem Zusammenhang möchte ich noch einmal das Phänomen der Relativität der Interpretation in Erinnerung rufen, nach welchem unsere Interpretation der Anwendungssituation stets abhängig ist vom jeweiligen Kenntnisstand. Wenn ich also die Situation nicht mit einem Mal erfassen kann, muss ich mich zwangsläufig an sie herantasten und in den Dialog mit ihr eintreten. Dieser Einstieg in die Auseinandersetzung mit der Situation der praktischen Rechtsanwendung erfolgt daher regelmäßig über Fragestellungen wie etwa: »Wer will was, von wem, woraus?«, »Wer oder was ist betroffen?« oder »Wem gereicht was zum Vorteil?« Erst im zeitlichen Verlauf der Anwendungssituation können wir

die Situation erfassen und angemessen behandeln. Zum Beispiel wird eine Staatsanwältin aufgrund einmaligen Lesens einer Ermittlungsakte zu einer vermeintlichen Serie von Brandstiftungen nicht geradewegs entscheiden können, was zu tun ist. Sie wird die Akte vielmehr mehrmals lesen, Notizen anfertigen, die einschlägigen Gesetze nachschlagen, eventuell aktuelle Rechtsprechung und Kommentarliteratur zu dem Thema sichten, Rücksprache halten mit Kollegen, Sachverständigen und Ermittlungsbeamten etc., bevor sie sich endgültig an die Her- und Darstellung ihrer rechtlichen Lösung macht. Die Vielschichtigkeit der Situation macht dieses Vorgehen zwingend notwendig.

Unsicherheit und Ungewissheit

Beschäftigt man sich mit der Vielfältigkeit, Komplexität und Vieldeutigkeit der Situation der praktischen Rechtsanwendung, stößt man unweigerlich auf die eng verwandten Konzepte von Unsicherheit und Ungewissheit. Hier soll *Unsicherheit* als ein Zustand verstanden werden, in dem nicht alle möglichen Auswirkungen einer Entscheidungen vorhersehbar sind, während *Ungewissheit* einen Zustand bezeichnet, in dem alle möglichen Auswirkungen zwar bekannt sind, jedoch nicht die Wahrscheinlichkeit ihres Eintretens vorhergesagt werden kann.²⁷⁷ Wir sehen, dass sowohl Unsicherheit als auch Ungewissheit aufgrund von Komplexität oder Vieldeutigkeit bestehen können, es letztlich aber nicht auf ihre Ursache ankommt.

Sobald der Rechtsanwender unter Ungewissheit oder Unsicherheit agiert, muss er Entscheidungen treffen können, deren Angemessenheit beziehungsweise Richtigkeit, wenn überhaupt, *erst im Nachhinein* festgestellt werden kann. Offensichtlich ist dies bei Prognoseentscheidungen und vergleichbaren Einschätzungen (etwa im Fall einer unterlassenen Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 StGB eines im Nachhinein allgemeingefährlich agierenden

²⁷⁷ Ungewissheit und Unsicherheit werden in aller Regel in der betriebswirtschaftlichen Entscheidungstheorie untersucht. Es handelt sich aber um ähnlich vielseitige Konzepte wie die Komplexität oder die Diversität. Einen sehr guten Eindruck von dieser Materie vermittelt: *Jeschke/Jakobs/Dröge* (Hrsg.), *Exploring Uncertainty*, 2013.

Triebtäters). Der klassische Fall der Ungewissheit ist jedoch der lediglich lückenhaft rekonstruierbare Lebenssachverhalt. Man weiß zwar, welche Auswirkungen ein Geschehen hatte, kann aber nicht mit Sicherheit sagen, welcher konkrete Geschehensablauf zu ihnen geführt hat. Allerdings reicht es in einem solchen Fall in aller Regel aus, die Ungewissheit festzustellen und dann auf Zweifelsregelungen des Gesetzes zurückzugreifen (wie zum Beispiel der bereits angesprochene »in dubio pro reo« Grundsatz). Zwar verhelfen diese Regelungen zu einer zeitnahen und geregelten Konfliktbehandlung, allerdings können sie den jeweiligen Rechtsanwender nicht völlig vom Druck einer Entscheidung in Unsicherheit oder Ungewissheit befreien. So mag der Freispruch eines Angeklagten aus Mangel an Beweisen eine angemessene *rechtliche* Lösung sein. Deren Angemessenheit wird jedoch auf gesellschaftlicher Ebene dann in Frage gestellt werden, wenn sich nach Abschluss des Verfahrens die Schuld des Angeklagten eindeutig herausstellt. Die Reputation der Institution des Rechts sowie der an der Entscheidung beteiligten kann in solchen Fällen großen Schaden nehmen.

Mit Vielfältigkeit, Komplexität und Vieldeutigkeit umgehen

Die Erläuterungen zu Vielfältigkeit, Komplexität und Vieldeutigkeit (dort insbesondere zu Mehrdeutigkeit, Kontingenz und »Vielversionalität«) sowie zu Unsicherheit und Ungewissheit sollten deutlich machen, dass die Situation der praktischen Rechtsanwendung ein großes Potenzial mit sich bringt, Aspekte zu übersehen und/oder fehlzudeuten; kurz: Praktische Rechtsanwendung veranlasst zu Fehlern. Die Situation der praktischen Rechtsanwendung ist so beschaffen, dass wir sie nicht mit einem Mal begreifen können. Wir müssen uns an sie herantasten, und dazu gehört es auch, daneben zu greifen. Doch dementsprechend müssen wir auch unser Denken und Verhalten anpassen. Vielfältigkeit, Komplexität und Vieldeutigkeit kann nicht mit simplen Methoden und einer einfachen Logik der Schlussfolgerungen begegnet werden.²⁷⁸ Wollen wir angemessen mit der komplexen Situation der praktischen Rechtsanwendung umgehen, müssen wir unsererseits auf komplexe, integrative, se-

²⁷⁸ Mitchell, Komplexitäten, 2008, S 133.

lektierende, ordnende und flexible Denkweisen, Perspektiven und Strategien zurückgreifen. Die Tätigkeit der praktischen Rechtsanwendung ist insofern eine besondere Form des Umgangs mit vielschichtigen, vielfältigen und vieldeutigen Zuständen und Strukturen. Insbesondere in der juristischen Ausbildung – aber auch in der beruflichen Praxis – sind wir stets bemüht, Komplexität in der Rechtsanwendung durch Simplifizierung und Reduktion zu begegnen. Reduktion auf Theorie und Methode, Reduktion auf Grundlagen, Reduktion auf Schemata, Reduktion auf die rechtliche Prüfung etc. Dies mag eine angemessene Strategie sein, wenn es darum geht, einen Überblick über komplexe Materien der Rechtsanwendung zu gewinnen. Jedoch darf sich die grundlegende Strategie weder in der beruflichen Praxis noch in der Ausbildung auf Simplifizierung, Reduktion, Spezialisierung und Schematisierung beschränken. Vielmehr sollte der Rechtsanwender *gleichzeitig* danach streben, *sich zu verkomplizieren*.²⁷⁹

»Das kommt darauf an.« »Das lässt sich so direkt nicht beantworten.« »Das ist kompliziert.« Juristen sind berüchtigt für diese Antworten auf vermeintlich konkrete Fragen juristischer Laien. Doch als professionelle Rechtsanwender wissen wir, dass diese Antworten grundsätzlich weder Unwissenheit noch Ratlosigkeit geschuldet sind, sondern der Tatsache, dass die juristische Beurteilung eines Geschehens der Lebenswirklichkeit eine komplexe Angelegenheit ist, in der eine Vielzahl an Variablen sich gegenseitig beeinflussen. Die Tätigkeit der praktischen Rechtsanwendung ist *nicht einfach*, sondern ihrerseits komplex, vielfältig und vieldeutig. Wir erleben sie daher als eine Herausforderung – sie fordert unsere intellektuellen Fähigkeiten, lässt uns die Empfindungen erfahren, die mit der Erkenntnis von Fehlern und funktionierenden Lösungen einhergehen und birgt Ungewissheiten und Unsicherheiten. Sie fordert uns in aller Regel dann am stärksten, wenn das Werkzeug Recht allein nicht mehr weiterhilft. Solche Situationen zu meistern kann einen (persönlichen) Triumph bedeuten. An ihnen zu scheitern, kann zur Überforderung und Entmutigung führen. Insofern ist das Geschehen und unsere Erfahrung der praktischen Rechtsanwendung geprägt durch die Konfrontation mit Vielfältigkeit, Komplexität und Vieldeutigkeit.

²⁷⁹ Hierbei handelt es sich um einen Vorschlag von Karl E. Weick zu gelingenden menschlichen Organisation; siehe Weick, Der Prozeß des Organisierens, 1995, S. 370 ff.

Exkurs: (Technologische) Steigerungsdynamik

Als ich mit den Überlegungen zu einer Struktur der praktischen Rechtsanwendung begann, interessierte ich mich für die Gleichung »Recht = Technologie«. Diese Gleichung beruht auf einem relativ weitem Verständnis von Technologie als die Umsetzung menschlicher Ideen zu einem praktischen Nutzen.²⁸⁰ Man kann diesen Ansatz in Frage stellen, aber darauf soll es an dieser Stelle nicht ankommen. Folgt man ihm, lässt sich das Recht jedenfalls als Teil der Entität »Technologie« ansehen und zu dieser Entität wurden spätestens seit Mitte 1960er Jahre interessante Thesen aufgestellt.²⁸¹ Sie lassen sich kurz und knapp auf die Aussage reduzieren, dass technologischer Fortschritt und technologische Ausdifferenzierung nahezu einem evolutionären Muster folgen, dass auf stete selbstständige Fortentwicklung ausgerichtet ist.

Die technologischen Entwicklung der letzten 40 Jahre hat eine immense Sogwirkung entwickelt. Neue Technologien bieten ebenfalls neue, oft unerwartete Möglichkeiten. Doch wenn vieles möglich wird, läuft auch vieles falsch, was vorher nicht falsch laufen konnte. Daher verstärkt technologischer Fortschritt den Regelungs-, Koordinations- und Innovationsbedarf und treibt sich auf diese Weise selbst an. Von dieser Warte aus sind die zunehmende Komplexität und Dichte gesetzlicher Regelungswerke kein Trend unserer Zeit, sondern eine Konsequenz der fundamentalen Eigenschaften der Technologie »Recht«. Denn die Herstellung von gesellschaftlicher Ordnung und Stabilität durch das Recht führt jeweils an anderer Stelle zu einer Zunahme von Unordnung und Instabilität.²⁸² Die Aufräum- und Wartungsarbeiten in der Institution des Rechts sind dann vergleichbar mit Führung eines Haushaltes: Nie ist man fertig und ist eine Aufgabe erledigt, kommt eine neue hinzu.

²⁸⁰ Kelly, *What Technology Wants*, 2010, S. 12.

²⁸¹ Siehe hierzu: *Richta*, *Zivilisation am Scheideweg*, 2. Aufl. (1968); *Neiryneck*, *Der göttliche Ingenieur*, 8. Aufl. (2014); *Ellul*, *The Technological System*, 1980; *Leroi-Gourhan*, *Hand und Wort*, 1988; *Rifkin/Howard*, *Entropy*, 1989; *Kelly*, *What Technology Wants*, 2010.

²⁸² Ein Beispiel mag das relative neue Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns (MiLoG). Interessante Nebeneffekte dieser gesetzlichen Regelung wurden freilich erst nach seiner Umsetzung deutlich - von Rechtsunsicherheit in kleinen Fussballvereinen bis zu einem Wahnwitz an bürokratischen Nachweispflichten.

Dieser Ansatz wäre allein eine umfassende Untersuchung der Fortentwicklung des Rechts wert gewesen. Hier kann ich diese (leider) nicht unternehmen. Im Hinblick auf unsere vorangegangenen Überlegungen zur Konfrontation mit Komplexität will ich Sie an dieser Stelle jedoch mit der Behauptung zum Nachdenken anregen, dass *die zunehmende Komplexität des Rechts und der praktischen Rechtsanwendung kein vorübergehender Trend ist.*²⁸³ Insbesondere wird man dieser Entwicklung nicht mit einem Mehr an technischen Hilfsmitteln oder einem unreflektierten Spezialisierungsdrang Herr werden können. Technische Neuerungen und Konzentration auf bestimmte Fachbereiche können uns dabei helfen, mit der Zukunft zu besser zurechtzukommen. Einfacher werden diese Faktoren die Rechtsanwendung jedoch nicht machen und ein zurück zum BGB von 1900 ist unmöglich.²⁸⁴ Zwar sehnen wir uns nach Beständigkeit und Sicherheit, doch als Rechtsanwender haben wir genau mit dem Gegenteil fertig zu werden. Sandra Mitchell schreibt:

Unsere Welt ist in ständigem Wandel begriffen, und entsprechend muss auch unser Wissen sich wandeln. Das vordergründige Verlangen nach einem statischen, allgemeingültigen Wissensschatz, der keine Ausnahme kennt, ist ganz einfach ein falsche Vorstellung.²⁸⁵

Problematisch ist, dass derzeit der allgemeine Tenor lautet: »Mehr ist besser«²⁸⁶: Mehr Fachartikel, mehr Monographien, mehr Kommentare, mehr Gesetzestexte, mehr Prüfungsschemata etc. In der Folge erkennen wir vor lauter umherschwirrenden Daten und verfügbaren Inhalten den Sinn und Zusammenhang nicht mehr. Zwar ist der Professionelle Rechtsanwender den Umgang mit einem »Zuviel« an Daten und Information gewohnt, denn Juristen sind seit je her Informations- und Wissensarbeiter. Unsere Tätigkeit kann vereinfacht beschrieben werden als

²⁸³ Man beachte, dass diese Entwicklung ebenfalls nicht auf unseren Rechtskreis begrenzt ist. Ich behaupte, dass es sich hierbei um ein globales Phänomen handelt. Überall dort wo Menschen eine Institution des Rechts betreiben, besteht die sich verselbstständigende Tendenz der zunehmenden Komplexität.

²⁸⁴ Unter Umstände könnte man sich wieder auf die Ästhetik der Gesetzesgebung besinnen und der Aufgabe, einen Gesetzesentwurf anzufertigen wieder mit einer gewissen sprachlichen Demut begegnen.

²⁸⁵ Mitchell, Komplexitäten, 2008, S. 27.

²⁸⁶ Sigrist, Denken im Nebel, in: W.I.R.E. (Hrsg.), Das große Rauschen, 2013, S. 106 (114).

ein »Ins-Verhältnis-setzen« von Informationen, Kontexten und Wissen. Jedoch geraten auch professionelle Rechtsanwender langsam aber sicher an ihre Grenzen. Durch Technologisierung, Informatisierung, Digitalisierung und Automatisierung nimmt die Komplexität auf allen Ebenen immer mehr zu: Die Lebenswirklichkeit wird komplexer, das Recht wird komplexer, die Rechtsanwendung selbst wird komplexer und schließlich werden es auch die Werkzeuge, Hilfsmittel und Lösungen des Rechtsanwenders. Den daraus resultierenden Schwierigkeiten und Problemen folgt der Ruf nach Spezialisierung, Automatisierung und Ausdifferenzierung. Diese Reaktionsmuster erzeugen wiederum mehr Daten, mehr Informationen und schließlich eine weitere Zunahme der Komplexität – die Situationen, mit denen wir uns auseinandersetzen müssen, werden immer vielschichtiger. Dieser Teufelskreislauf wird dann zwangsläufig zur Überforderung des einzelnen Rechtsanwenders führen, wenn wir nicht *gute* Antworten auf die Frage finden, wie dieser Entwicklung begegnet werden kann.

Leider gibt es auf diese Frage nicht *die eine* richtige Antwort, sondern es können viele Antworten gegeben werden; so plädiere ich etwa dafür, die Bedeutung der Urteilkraft zurück in den Fokus unserer professionellen Kultur zu rücken. Doch in der ökonomisch und positivistisch geprägten juristischen Praxis liegt es grundsätzlich näher, »objektive«, »quantitative« oder »wissenschaftliche« Wege zu suchen, wie mit den anstehenden Herausforderungen umgegangen werden soll. So überrascht es nicht, dass so mancher blind auf die Rettung durch Informatisierung, Automatisierung und Spezialisierung vertraut, wenn es um die Zukunft der Rechtspflege und der Institution des Rechts insgesamt geht. Das Verfahren der Problemlösung könne nicht nur verwissenschaftlicht sondern auch digitalisiert werden. Doch es gilt auf der Hut zu sein, denn Technologie ist ambivalent: sie ist weder positiv, noch negativ, noch neutral.²⁸⁷ Stets muss die praktische Entscheidung getroffen werden, ob eine bestimmte Technologie in Angriff genommen werden soll oder nicht²⁸⁸. Und dabei ist Unwissenheit der Entscheidungsträger eine große Gefahr. Der Anteil derer, die unbedacht neueste Technologien als All-

²⁸⁷ Hierbei handelt es sich um Kranzbergs erstes Gesetz: Kranzberg, *Technology and Culture*, Vol. 27 No. 3 (1986), 544 (545).

²⁸⁸ Neiryneck, *Der göttliche Ingenieur*, 8. Aufl. (2014), S. 36.

heilmittel verwenden wollen (und werden!) ist groß. Das wird bei der Thematik »Big Data« besonders deutlich. »Big Data« bezeichnet gigantische Datenmengen, die in konventionellen Datenbanken nicht bearbeitet werden können, so dass Parallelrechnungen hunderter oder tausender von Prozessoren in Superrechnern gleichzeitig eingesetzt werden, um so eine Reduktion der Komplexität der Bearbeitung zu ermöglichen.²⁸⁹ Dabei soll es ausreichen, riesige Datenmengen in Relation zu setzen und nach Mustern Ausschau zu halten, wobei die Frage nach dem »Warum« in den Hintergrund gerät und auf das »Was« beschränkt wird.²⁹⁰ Das bedeutet, der Inhalt von Daten muss nicht mehr interpretiert werden um Informationen zu gewinnen²⁹¹, die Information liegt in den Datenmustern. Professionelle Rechtsanwender werden diesbezüglich allgemein hin (noch) mit den Schultern zucken und abwinken, denn sie sind sich dessen bewusst, dass es nicht die wiederkehrenden Muster, sondern gerade die feinen Abweichungen im Einzelfall sind, welche die juristische Tätigkeit überhaupt erst notwendig machen. Für den Juristen ist es daher schwer vorstellbar, dass in naher Zukunft eine Rechenmaschine instanzgerichtliche Urteile auswerfen soll.

Allerdings garantiert nichts und niemand, dass es Juristen sind, die über die Zukunft der juristischen Informationsverarbeitung entscheiden werden. Hierzu nur ein Zitat von Reinhard Karger vom Deutschen Zentrum für künstliche Intelligenz:

Juristen leben derzeit noch traumhaft davon, dass sein ein komplexes Rechtssystem auswendig lernen, doch im Prinzip sind es Muster, aus denen sich die Entscheidungsbäume ergeben – das ist keine wissenschaftlich kreative Tätigkeit und kann auch von Maschinen übernommen werden.²⁹²

»Big Data« mag seine Faszination haben und kann auch Rechtsanwendern einen nicht zu verachtenden Erkenntnisgewinn bringen. Allerdings handelt es sich um eine Technologie, welche vorrangig nach Mustern und nicht nach wertungsmäßigen Zusammenhängen sucht. Wer das erkennt, sieht auch die (erheblichen) Nachteile dieser Technologie

²⁸⁹ Mainzer, Die Berechnung der Welt, 2014, S 18.

²⁹⁰ Ebd.

²⁹¹ Mainzer, a. a. O., 2014, S 240.

²⁹² Zitiert in: Fiedler, SZ vom 30./31. August 2014, S. 73.

nicht. Kargers Unverfrorenheit mag von Ignoranz für die juristische Praxis zeugen. Sie ist aber ein Beispiel dafür, wie Informationstechnologen die Rechtsanwendung wahrnehmen. Dort wo mit Daten und Informationen gearbeitet wird, gibt es zu digitalisierende Probleme, die nur auf eine algorithmische Lösung warten. Für das »digital business« handelt es sich bei der Institution des Rechts um einen Markt, den es zu erschließen gilt. Aus dieser Perspektive auf die juristische Tätigkeit steht einer umfassenden Automatisierung jedenfalls nichts im Wege. Auf diese Weise macht diese Aussage deutlich, wie wichtig es ist, artikulieren zu können, warum Computer nur Entscheidungshilfen liefern sollten und gute und wichtige Entscheidungen nicht selbstständig herstellen können.²⁹³ Dazu muss zunächst der vorherrschende Digitalfetischismus hinterfragt werden, um auf angemessene Art und Weise über den Einsatz von Digitalisierung und Technologisierung nachzudenken zu können – nicht alles was möglich ist, ist nicht allein deshalb vertretbar, weil es technologisch und neu ist. Routineabläufe zu automatisieren und so für Entlastung im Praxisalltag zu sorgen, ist freilich eine wesentliche Aufgabe der Informationstechnologie. Jedoch muss man dafür zunächst einmal ausmachen und festlegen können, welche Tätigkeiten der Rechtsanwendung überhaupt solche Routineabläufe sein können, die man getrost auch Maschinen überlassen kann. Ein äußerst positives wie interessantes Beispiel automatisierter Rechtsberatung bietet Joshua Bowers Homepage »DoNotPay.co.uk«. Dort können englische Bürger etwa Einsprüche gegen Parktickets oder Kompensationsforderungen wegen verspäteter Abflugszeiten digital, automatisch und *kostenlos* erstellen.

Es bleibt festzuhalten, dass ein Ausweg aus dem Komplexitätsdilemma nicht allein durch den Einsatz von komplexitätsreduzierenden Technologien gefunden werden kann. *Wir können uns es schlichtweg nicht leisten, nicht selbst zu denken.* Den professionellen Rechtsanwendern stehen aufregende Zeiten bevor. Es geht um die Zukunft der Rechtspfle-

²⁹³ Man kann eine interessante Parallele zur Diskussion um die Zukunft des Journalismus ziehen. Wer soll in Zukunft Nachrichten erstellen und verteilen? Wie soll das geschehen? Brauchen wir nicht Menschen mit Herz und Verstand, die zum Beispiel langfristig angelegten investigativen Journalismus betreiben? Wenn Missstände aufgedeckt und Geschichten erzählt werden sollen, braucht es Gespür und Urteilsvermögen. Es braucht das Individuelle und das Menschliche.

ge und diese Zukunft findet *jetzt* statt. Neue Arbeitsfelder und Berufsbilder werden und müssen sich ausbilden: Vom juristischen Projektmanagement über das juristische Risikomanagement bis hin zum juristischen Informationstechnologie wird eine neue Ausdifferenzierung die Rechtspraxis prägen.²⁹⁴ Neue Arbeitsweisen müssen, und werden sich ausbilden: Die digitalen Werkzeuge werden immer besser auf die (wirklichen) Bedürfnisse des Anwenders zugeschnitten sein. Doch Fortentwicklung bedeuten nicht immer zwangsläufig eine Verbesserung der Qualität juristischer Arbeit. In einer beschleunigten und technologisierten Gesellschaft müssen sich professionellen Rechtsanwender daher immer wieder auf ihre Urteilskraft besinnen. Das kritische Nachdenken über die Auswirkungen von Vielfältigkeit, Komplexität und Vieldeutigkeit auf verschiedenen Ebenen der praktischen Rechtsanwendung wird uns dabei helfen.

Die Herrschaft der Zeit über die Rechtsanwendung

Die Zeit prägt unser Denken, unser Handeln, ja unser ganzes menschliches Dasein. Die Zeit steckt in uns – durch biologische und physikalische Rhythmen, denen wir unterworfen sind (natürliche Zeit) und durch erlernte gesellschaftliche Zeitstrukturen, die wir als soziale Wesen beachten müssen (abstrakte Zeit).²⁹⁵ Gleich ob wir es mit den Konzepten der natürlichen Zeit oder der abstrakten sozialen Zeit zu tun haben, in jedem Fall hat Zeit eine Richtung. Die Abläufe der Lebenswirklichkeit ereignen sich in einer bestimmten Reihenfolge, doch dieselben Abläufe passieren von sich aus nie in der umgekehrten Reihenfolge und können zudem niemals vollständig rückgängig gemacht werden.²⁹⁶ Die Zeit verstreicht und die Dinge ändern sich, die Uhr läuft, Fristen verstreichen, auf Termine folgen Anschlusstermine.

Die Institution des Rechts baut notwendigerweise auf zeitlichen Strukturen auf, denn die Auflösung und Vermeidung sozialer Konflikte

²⁹⁴ Für eine detaillierte Darstellungen zukünftiger Arbeitsbereiche für Juristen siehe: *Susskind, Tomorrow's Lawyers*, 2013, S. 109 ff.

²⁹⁵ *Nowotny, Eigenzeit*, 1993, S.7.

²⁹⁶ *Halliday/Resnick/Walker, Physik*, 2, Aufl. (2009), S. 623.

im Rahmen einer geordneten sozialen Praxis erfordert die Koordination der Beiträge der Beteiligten. Diese Koordination und die eventuell erforderlich Kooperation der Beteiligten erfordern Synchronisation von Abläufen. Ohne anerkannte zeitliche Strukturen könnte die Institution des Rechts daher nicht bestehen. Diese zeitlichen Strukturen wirken sich freilich auch auf die Rechtsanwendung aus. So prägen sie unser Denken und Handeln in unserer Rolle als Rechtsanwender. Umgekehrt prägt der Umgang mit der Zeit auch den Umgang mit dem Recht.

Nachfolgend möchte ich Sie zum Nachdenken über die Bedeutung der Zeit für unsere Tätigkeit anregen. Ich will zeigen, dass der Faktor Zeit in zweierlei Hinsicht für unsere subjektive Erfahrung des Geschehens der praktischen Rechtsanwendung von besonderer Relevanz ist:

Erstens stellt die für die individuellen Rechtsanwendung zur Verfügung stehende Zeit eine absolute Einschränkung dafür dar, welcher Umfang und welche Qualität der Bearbeitung bestenfalls erreicht werden kann (Beispiel als Bezugspunkt: Eine Akte).

Zweitens führt die Akkumulation von zu bearbeitenden Rechtsanwendungen zu einer grundsätzlichen Bevorzugung des Eiligen (Beispiel als Bezugspunkt: Vielzahl laufender Akten).

Zeitliche Grenzen der Rechtsanwendung und ihre Auswirkungen

Zu einer Entscheidung gelangen, fertig werden, abgeben, zustellen lassen, Fristen wahren. Gegen ein erstes Versäumnisurteil kann innerhalb von zwei Wochen ab Zustellung Einspruch eingelegt werden, § 339 Abs. 1 ZPO. Soll für einen Arbeitnehmer Kündigungsschutzklage erhoben werden, muss dies innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung erfolgen, § 4 S. 1 Kündigungsschutzgesetz (KSchG). Schließt ein Minderjähriger einen Vertrag ohne die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, kann die andere Vertragspartei den Vertreter zur Erklärung über die Genehmigung auffordern; wird die Genehmigung dann bis zum Ablauf von zwei Wochen nicht erklärt, so gilt sie als verweigert, § 108 Abs. 1 und 2 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Im Strafprozess muss das erstinstanzliche Urteil mit den Gründen spätes-

tens fünf Wochen nach der Verkündung zu den Akten gebracht werden, § 275 Abs. 1 S. 1 und 2 StPO. In der Ausbildung ist oberstes Gebot, dass eine Staatsexamensklausur nach fünf Stunden abgegeben werden muss, § 13 Abs. 1 S. 1 JAG NRW.

Diese Liste an Beispielen ließe sich beliebig fortsetzen, denn Fristen, Stichtage und Termine durchdringen die Institution des Rechts: Wer sich rechtlich erheblich äußern will, muss dies innerhalb der einschlägigen unmittelbaren oder mittelbaren zeitlichen Grenzen tun. Wer diese Grenzen nicht einzuhalten vermag, findet nur noch unter besonderen Umständen Gehör. Regelmäßig sind verspätete Entäußerungen des Rechtsanwenders sogar ohne Wirkung und weiteren Nutzen. In Anlehnung an die juristische Figur des Fixgeschäftes lässt sich sagen, dass die rechtliche Erheblichkeit einer Äußerung mit der Rechtzeitigkeit steht und fällt, manchmal gar überhaupt nicht mehr hergestellt werden kann, sobald ein bestimmter Zeitpunkt verstrichen ist. Dies kann schwere Konsequenzen für den Rechtsanwender und die sonstigen Beteiligten haben. Ansprüche, Rechte, Vermögen und auch der gute Ruf können verloren gehen. Aus diesem Grund prägt nichts die praktische Rechtsanwendung in beruflicher Praxis und Ausbildung so sehr wie die zeitlichen Grenzen der Bearbeitung.

Fristen und Termine – gleich, ob diese auf Gesetz, richterlicher Anordnung oder Parteivereinbarung beruhen – sind unmittelbare formelle zeitliche Grenzen. Sie sollen sicherstellen, dass rechtlich relevante Vorgängen innerhalb eines angemessenen Zeitraums zum Abschluss gebracht werden können. Wir können an dieser Stelle noch zwischen »harten« und »weichen« Fristen unterschieden werden. Harte Fristen legen den Ablauf abstrakt nach Zahlen (Datum oder Uhrzeit) fest. Weiche Fristen sind eine Frage der juristischen Interpretation. Die rationale Basis der abstrakten Zeit ist der große Vorteil von harten Fristen. Endigt eine Frist mit Ablauf des 23. Februars, so ist sie am 24. Februar versäumt. Zeitabläufe schaffen auf diese Weise bezifferbare Fakten, welche nicht mehr argumentativ entkräftet werden können. Weiche Fristen, wie etwa die durch den Gläubiger zu setzende *angemessene* Frist zur Nacherfüllung im Sinne des § 323 Abs. 1 BGB, lassen diese Sicherheit vermissen. Dafür gewähren sie jedoch Flexibilität, welche es ermöglicht die rechtlich

relevante Zeitspanne auf die Besonderheiten des Einzelfalles anzupassen.

Während Fristen eine Zeitspanne für einen bestimmten Zweck vorgeben, handelt es sich bei einem Termin um einen bestimmten Zeitpunkt, an dem etwas geschehen soll.²⁹⁷ Für den Rechtsanwender ist diese Unterscheidung kaum von Bedeutung. In der Regel erfordern die Termine eines rechtlichen Verfahrens Vorbereitungshandlungen. »Termine, die Vorbereitungshandlungen erfordern sind nicht nur Zeitpunkte, sondern zugleich Fristen«, ²⁹⁸ da die Vorbereitungen in der Zeitspanne zum Termin hin erledigt sein müssen.

Formelle Fristen und Termine verwirklichen die im rechtlichen Verfahren erforderliche Koordination und Synchronisation der Abläufe, jedoch ist dies nicht ihre einzige Funktion. Darüber hinaus sollen die Abläufe der Institution Recht, sei es ein gerichtliches Verfahren oder bloß die Abwicklung eines gegenseitigen Vertrages, nicht unnötig in die Länge gezogen werden, denn Schwebezustände und Rechtsstreitigkeiten sind unangenehm und belasten die Beteiligten. Die gesellschaftliche Akzeptanz der Institution des Rechts wird entscheidend dadurch gesteigert, dass soziale Konflikte zeitnah behandelt und aufgelöst werden; es bestehen zeitliche Erwartungen, die erfüllt werden wollen. Desweiteren soll die zeitliche Nähe zu den entscheidungserheblichen Vorgängen gewahrt werden, denn Erinnerungen verblassen und Beweis- und Aktenstücke können verloren gehen. Die zeitliche Straffung (=Konzentration) der Abläufe soll also den praktischen Nutzen der rechtlichen Verfahren sicherstellen.

Die Rechtsanwender erfahren zeitliche Eingrenzung ihrer Tätigkeit jedoch nicht nur *unmittelbar* durch formelle Fristen und Termine. Im Gegensatz zu den formellen Fristen und Terminen sind die mittelbaren zeitlichen Grenzen nicht bestimmt oder durch juristische Interpretation bestimmbar. *Mittelbare* zeitliche Grenzen ergeben sich immer dann, wenn andere Rahmenbedingungen der Rechtsanwendung einen zeitnahen Abschluss der Bearbeitung notwendig werden lassen. Gründe hier-

²⁹⁷ Duden Online-Lexikon, Stichworte »Termin« und »Frist«, abrufbar im Internet: <<http://www.duden.de/rechtschreibung/termin>> und <<http://www.duden.de/rechtschreibung/frist>>, zuletzt abgerufen am 3. Juni 2017.

²⁹⁸ Luhmann, Die Verwaltung 1968, 3 (9).

für sind etwa der Zweckfortfall der Leistung des Rechtsanwenders mit Zeitablauf oder organisatorisch bedingte Zweckvorgaben, welche die Arbeit des Rechtsanwenders prägen. Ein Beispiel für den letztgenannten Grund ist die Eingliederung des Richters in den gerichtsinternen Geschäftsverteilungsplan. Das vorgesehene Arbeitspensum beeinflusst, wie viel Zeit der Richter für ein Verfahren erübrigen kann. So stehen einem Amtsrichter laut Rainer Oberheim²⁹⁹ bei regulärer Arbeitszeit durchschnittlich zweieinhalb Stunden, dem Landrichter etwa sieben Stunden pro Verfahren zur Verfügung. Das Setting der Gerichtspraxis erlegt somit den Richtern mittelbare zeitliche Grenzen auf, welche mit individuellem Aufgaben- und Zeitmanagement begegnet werden muss. Gelingt dies nicht, läuft der betroffene Richter Gefahr, den ihm zugeteilten Verfahren nicht einmal das Mindestmaß der erforderlichen Bearbeitungszeit aufwenden zu können. Verfahren werden verschleppt, der Konzentrationsgrundsatz wird nicht eingehalten und die gesellschaftliche Akzeptanz des rechtlichen Verfahrens leidet.

Ein Beispiel für den Zweckfortfall aus tatsächlichen Gründen ist die verspätete Arbeit des Rechtswissenschaftlers. Seine Tätigkeit wird normalerweise nicht mit Zeitknappheit oder -druck in Verbindung gebracht. Allerdings führt der akademische Wettbewerb und das Fortschreiten der Rechtsprechung dazu, dass Entäußerung der jeweiligen Rechtsanwendung nicht beliebig lang auf sich warten lassen kann. Wer zur Behandlung sozialer Konflikte durch wissenschaftliche Stellungnahmen beitragen will, darf nicht zu lange überlegen. Veröffentlichungen anderer Wissenschaftler oder gar ein Grundsatzurteil eines obersten Gerichts können einen zu spät entäußerten Beitrag, wie etwa einen Aufsatz oder eine Kommentierung, vollständig überflüssig werden lassen.

Die zeitlichen Grenzen – gleich ob unmittelbar oder mittelbar – sind zwar grundsätzlich prägend für die Rechtsanwendung, bewusst werden sie uns jedoch erst dann, wenn diese Grenzen nahe rücken. Wie die individuelle Rechtsanwendung durch zeitliche Begrenzung der Tätigkeit geprägt wird, wird deswegen erst ersichtlich, wenn wir die Phänomene von Zeitknappheit und Zeitdruck näher betrachten. Dabei handelt es sich

²⁹⁹ Oberheim, Zivilprozessrecht für Referendare, 11. Aufl. (2016), S. 24, § 1 Rdnr. 53.

nicht um objektive Zustände,³⁰⁰ sondern um eine durch die eigenen und die sozialen Erwartungen³⁰¹ geprägte subjektive Wahrnehmung der sachlichen Strukturen der Lebenswirklichkeit³⁰². Wie wir Zeit erfahren, wird daher durch das Zusammenspiel der Faktoren Zeit, Sachstrukturen, Leistungsfähigkeit und Erwartungen bestimmt.

Die *sachlichen Strukturen* der Lebenswirklichkeit sind ausschlaggebend dafür, was eine bestimmte natürliche, kulturelle, und soziale Situation an Prozessen, Erlebnissen, Verhaltensweisen und Gegenständen bereit hält.³⁰³ Der sich eröffnende Optionenraum³⁰⁴ beinhaltet eine unübersichtliche Fülle an Wahrnehmungs- und Handlungsoptionen. Der Optionenraum ist so groß, dass es weitaus mehr Zeit kosten würde diesen auszuschöpfen, als dem Individuum zur Verfügung steht. Doch nicht nur zeitliche Einschränkungen machen eine Auswahlentscheidung des Individuums erforderlich. Die Optionen, welche die sachlichen Strukturen hervorbringen, sind zunächst einmal nur objektiv im Bereich des Möglichen. Es richtet sich nach der individuellen Leistungsfähigkeit, ob Optionen auch durch den Einzelnen tatsächlich wahrgenommen werden können. Desweiteren determiniert die Leistungsfähigkeit auch, auf welche Art und Weise eine Option wahrgenommen werden kann (etwa schnell oder langsam, oberflächlich oder gründlich). Die Auswahlentscheidungen des Individuums sind freilich nicht völlig beliebig. Welche Optionen, wie viele Optionen und auf welche Art und Weise diese Optionen bestenfalls wahrgenommen werden sollten, ergibt sich aus den *sozialen und persönlichen Erwartungen*. Die sozialen und persönlichen Erwartungen sowie die individuelle Leistungsfähigkeit beeinflussen sich wechselseitig und so entsteht ein buntes Gemisch aus kulturellen, ethischen, moralischen, ökonomischen, ideellen, religiösen, rechtlichen und professionellen Ideen und Vorstellungen. Diese Ideen und Vorstellungen prägen und beeinflussen die Art und Weise, wie der Einzelne den Optionenraum wahrnimmt und ausschöpft. *Soziale* Erwartungen werden

³⁰⁰ Vgl. Luhmann, Die Verwaltung 1968, 3 (13).

³⁰¹ Nowotny, Eigenzeit, 1993, S.9 f.

³⁰² Vgl. Luhmann, a. a. O., 3 (6).

³⁰³ Pfaff, Optionsstress und Zeitdruck, in: Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin/Junghanns/Morschhäuser (Hrsg.), Immer schneller, immer mehr, 2013, S. 113 (115 f.).

³⁰⁴ Zum Begriff des Optionenraums siehe Pfaff, a. a. O., S. 113 (114 ff.).

durch das gesellschaftliche Umfeld an den Einzelnen gestellt. Dieser wiederum hegt *persönliche* Erwartungen gegenüber sich selbst und seiner Umwelt. Die Erwartungen konkretisieren den Horizont des Möglichen und treiben den Einzelnen zum Tätigwerden an. Sie bilden zudem den Maßstab, an dem er seine Handlungen, Erzeugnisse und Erfahrungen misst. Bestehen soziale und persönliche Erwartungen dahingehend, eine maximal mögliche Anzahl an Optionen anzustreben und zu verwirklichen, liegen die Grundvoraussetzungen für das Erleben von Zeitknappheit vor. Die Zeit wird dann bewusst als Eingrenzung wahrgenommen; der Einzelne entwickelt im Hinblick auf die ihn motivierenden Erwartungen das Bewusstsein, dass aufgrund der Zeit nur eine bestimmte Anzahl Optionen gewählt und ausgeführt werden kann. Um die maximale Anzahl an Optionen zu erreichen, kann er zwar seine Erwartungen oder seine Handlungsgeschwindigkeit, jedoch nicht den Ablauf der begrenzten Handlungsdauer beeinflussen. Die Zeit läuft und da sie begrenzt ist, nimmt die zur Verfügung stehende Zeit stetig ab. Können die noch ausstehenden Handlungen aus der Sicht des Einzelnen so gerade noch in die zur Verfügung stehende Zeitspanne eingepasst werden, wird Zeit schließlich als *knapp* wahrgenommen. In diesem Fall wird sie zu einem Faktor, welcher bei der Entscheidung für oder gegen eine Option berücksichtigt werden muss.

Das Zusammenspiel der zur Verfügung stehenden Zeit, der Sachstrukturen, der Leistungsfähigkeit und der Erwartungen ist komplex; es lässt sich nicht in einfachen Kausalbeziehungen ausdrücken, da die subjektive Wahrnehmung aus Rückkopplungsschleifen hervorgeht, welche äußerst empfindlich auf anfängliche und später entstehende Veränderungen reagieren.³⁰⁵ Ein Beispiel mag dies verdeutlichen: Wenig Zeit wird selbst bei hohen Erwartungen nicht als knapp erfahren, solange die Sachstrukturen simpel sind und die individuelle Leistungsfähigkeit hoch ist. Sobald die Komplexität der Sachstrukturen zunimmt und/oder die Leistungsfähigkeit beansprucht wird, verändert sich jedoch die subjektive Wahrnehmung der Zeit.

Der Übergang von der Wahrnehmung von Zeitknappheit hin zu der von *Zeitdruck* ist fließend. Bei der Erfahrung von Zeitdruck tendieren die

³⁰⁵ Zu dem hier verwendeten Begriff der Rückkopplungsschleifen siehe Mitchell, Komplexitäten, 2008, S 47.

Faktoren Zeit, Sachstrukturen, Leistungsfähigkeit und Erwartungen zu extremen Ausprägungen. Die Voraussetzungen für die Erfahrung von Zeitdruck liegen vor, sobald die zur Verfügung stehende Zeit stark begrenzt ist, die Erwartungen hoch sind, die Leistungsfähigkeit an ihre Grenzen gerät und die sachlichen Strukturen komplex und ambivalent sind. Der gegebene Zeitrahmen wird dabei in Relation zu den Anforderungen der übrigen Faktoren als *grenzwertig knapp* bemessen wahrgenommen. Daher ist die Zeit in diesem Fall nicht mehr bloß ein Faktor, den es zu berücksichtigen gilt, sondern wird für die Entscheidung, ob und wie gehandelt werden soll, ausschlaggebend. Die stark begrenzte Zeit stellt die Bedeutung der sachlichen Strukturen, Erwartungen und Leistungsfähigkeit grundsätzlich in Frage, denn mit Ablauf der Zeit werden unzureichende Handlungen obsolet, den verfolgten Zwecke wird nicht genügt und gesetzte Ziele werden nicht erreicht. Was nützt es die höchsten Erwartungen erfüllen zu wollen, wenn dies zeitlich unmöglich ist? Dass sachliche Strukturen minutiös erfasst und aufbereitet worden sind, ist ohne Bedeutung, wenn erforderliche Schlussfolgerungen nicht mehr gezogen werden. Daher kann so manche (anfängliche) Erwartungen nicht erfüllt werden; sachliche Strukturen müssen in gewissem Ausmaß vernachlässigt und Unzulänglichkeiten der persönlichen Leistungsfähigkeit hingenommen werden. Den Ablauf der Zeit kann der Einzelne nicht beeinflussen, wohl aber den Umgang mit den übrigen Faktoren an die Situation anpassen. Auf diese Weise veranlasste Zeitdruck zu *opportunistischem Handeln*³⁰⁶, denn opportunistisch handelt, wer einer gegebenen Situation mit zweckmäßigem Verhalten begegnet.

Zeitdruck wird zwar gemeinhin mit Stress und Überlastung assoziiert, ist jedoch nicht zwingend eine negative Erfahrung. Dadurch, dass er zu opportunistischem Handeln anregt, kann er auch entlastend wirken. Der Handelnde kann mit Rücksicht auf seine Leistungsfähigkeit Erwartungen herabsetzen und sachliche Strukturen vereinfachen. Dabei kann er sich auf den nicht zu beeinflussenden Ablauf der begrenzten Zeit und somit auf einen sozial anerkannten Rechtfertigungsgrund für seine getroffenen Entscheidungen sowie für die Qualität der daraus resultierenden Handlungen, Ergebnisse und Erfahrungen berufen. Desweiteren

³⁰⁶ Vgl. Luhmann, Die Verwaltung 1968, 3 (23 ff.).

wirkt sich Zeitdruck auch nicht zwingend negativ auf das Handlungsergebnis aus, denn Zeitdruck hat einen konzentrierenden Effekt: Er führt zu einer Bündelung von Aufmerksamkeit und Anstrengung in Richtung auf den (erfolgreichen) Abschluss der Tätigkeit.

Schließlich hat Zeitdruck sogar noch positive Nachwirkungen. So gibt es wissenschaftliche Belege dafür, dass Zeitdruck bestimmte kognitive Prozesse auslöst, welche das Vertrauen in die Richtigkeit des eigens produzierten Ergebnisses erhöhen und es dem Handelnden so erlauben, mit der Tätigkeit vollständig abzuschließen und seine Aufmerksamkeit nachhaltig anderen Dinge zuzuwenden.³⁰⁷ Man darf die Bedeutung kognitiv-psychologischer Studien freilich nicht überbewerten, doch ist professionellen Rechtsanwendern durchaus der Zustand bekannt, in dem Zeitdruck die häufigen und schnellen Wechsel zwischen einzelnen Aufgaben erleichtert.

Die negativen Begleiterscheinungen des Zeitdrucks sind uns ebenfalls vertraut. Ab einem bestimmten Grad führt Zeitdruck zu erhöhter Anstrengung, zu Stress und schließlich zu Überforderung. In der Folge kommt es zu Fehlern, leichten sowie folgenschweren. Überforderung kann schlimmstenfalls dazu führen, dass in der zur Verfügung stehenden Zeit überhaupt kein sinnvolles Ergebnis mehr erreicht wird.

Bis zu diesem Punkt haben wir uns mit der Beschaffenheit der zeitlichen Grenzen der Rechtsanwendung befasst und anschließend gesehen, wie zeitliche Grenzen zum Erleben von Zeitknappheit und Zeitdruck führen können. Ich habe dies relativ ausführlich, jedoch mehr oder weniger abstrakt von der Rechtsanwendung dargestellt. Anhand der so gewonnenen Erkenntnisse können wir nun die Brücke zum besonderen Geschehen der praktischen Rechtsanwendung schlagen. Ausgangspunkt ist dabei die These, dass die praktische Rechtsanwendung aufgrund ihrer komplexen Sachstrukturen und hohen Erwartungen grundsätzlich das Erleben von Zeitknappheit und Zeitdruck begünstigt. Die Analyse soll zunächst auf die einzelne, individuelle Rechtsanwendung (zum Beispiel die

³⁰⁷ Leroy, *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, Vol. 109 (2009), 168 (178 f.).

einzelne Klageschrift oder das konkrete Rechtsgutachten) beschränkt bleiben.

Sofern es sich nicht um besonders einfach gelagerte Anwendungssituationen handelt, sind die sachlichen Strukturen der praktischen Rechtsanwendung durch Vielfältigkeit, Komplexität und Vieldeutigkeit geprägt. Wir werden diesen Umstand noch genauer untersuchen, doch lässt sich hier schon festhalten, dass wir es regelmäßig mit einer kaum zu überschauenden Vielzahl an tatsächlichen und rechtlichen Optionen zu tun haben. Das Gesetz ist auslegungsbedürftig, das juristische Meinungsspektrum unübersichtlich, die Rechtslage unsicher. Und wäre es doch »nur« das Juristische, das sich nicht umfassend ausschöpfen, erfassen und verarbeiten ließe; die *vollständige* Her- und Darstellung des einer Rechtsanwendung zu Grunde liegenden Sachverhalts ist in der Praxis meist das entscheidende Problem. Die Faktenlage ist unklar, die Angaben zum Sachverhalt sind widersprüchlich, die Kontingenz der Realität lässt Spielraum für Interpretation: Es könnte immer auch anders gewesen sein.

Die Tatsache, dass die sachlichen Strukturen der Rechtsanwendung komplex, vielfältig und vieldeutig sind, ist uns wohlvertraut: Zu einem juristischen Problem gibt es immer mehr zu recherchieren, zu hinterfragen, zu lesen und zu schreiben, als *zeitlich und tatsächlich* möglich ist. Doch nicht nur die sachlichen Strukturen stellen hohe Anforderungen an uns Rechtsanwender. Die sozialen und persönlichen Erwartungen sind ebenfalls anspruchsvoll, denn Rechtsanwendung ist eine verantwortungsvolle Aufgabe. Als Rechtsanwender müssen wir den Erwartungen der Rechtspflege und der Verantwortung gegenüber den Betroffenen gerecht werden. Dazu muss das Produkt unserer Tätigkeit eine Vielzahl von Anforderungen erfüllen. So sollte es die Beteiligten überzeugen, mit Recht und Gesetz in Einklang stehen, die anerkannten Handlungsweisen der Institution des Rechts beachten, tatsächliche und rechtliche Unklarheit beseitigen, dem Sinn und Zweck der Anwendung gerecht werden, den Betroffenen helfen und bestenfalls nicht zu viel Geld kosten. Sind wir in eine Organisation eingebunden, können die sozialen Erwartungen darüber hinaus von Vorgaben von Vorgesetzten oder Mentoren geprägt werden (»Verlieren Sie bloß diesen Fall nicht!«). Hinzu kommen die persönlichen Erwartungen, die wir bei unserer Tätigkeit hegen. Sie werden

geprägt durch den professionellen Ehrgeiz, den sozialen Erwartung bestmöglichst gerecht zu werden. Ferner sind das Verlangen nach Anerkennung, die Vermeidung von Haftungsrisiken, das Mitgefühl mit den Betroffenen, die Maximierung des wirtschaftlichen Ertrags und bestenfalls das Streben nach Gerechtigkeit ebenfalls von Gewicht.

Die individuelle Leistungsfähigkeit umfasst die Fähigkeit, eine bestimmten Leistung erbringen zu können. Hält man sich diese schlichte Definition vor Augen wird deutlich, dass die Leistungsfähigkeit ein subjektiv relatives Konzept ist. Auch hier sind wieder wechselseitiger Einfluss und Rückkopplung maßgeblich: Je komplexer die Strukturen, je höher die Erwartungen, je knapper die Zeit, desto größer muss die persönliche Leistungsfähigkeit des Rechtsanwenders ausgeprägt sein. Dies lässt sich mit dem Verlauf unserer persönlichen Entwicklung zum professionellen Rechtsanwender verdeutlichen: Auf dem Wege des Studierenden vom Anfängerkurs bis hin zu den Klausuren des zweiten Staatsexamens, werden die uns zugewiesenen Probleme immer komplexer³⁰⁸, die zeitlichen Vorgaben immer straffer und die Erwartungen an das Ergebnis immer höher. Als Universitätsabsolventen mögen uns Klausuren des ersten Staatsexamens anfangs noch überfordern. Im Referendariat werden wir dann mit der Erstellung des rechtserheblichen Sachverhalts an unsere Grenzen geführt. Im späteren Verlauf des beruflichen Werdegangs setzt sich diese Entwicklung fort. Als junger Anwalt oder junge Richterin werden in den ersten Monaten unserer Tätigkeit selbst bei einfach gelagerten Einzelfällen zeitweise das Gefühl erleben, keinen festen Boden mehr unter den Füßen zu haben. Die Ergebnisse seiner Rechtsanwendung können nämlich schwerwiegende Konsequenzen für die Beteiligten des sozialen Konfliktes haben. Unsere Verantwortung wird größer und damit wachsen auch die sozialen und individuellen Erwartungen. Doch zunehmende Fachkenntnis, Routine und Urteilskraft ermöglichen es uns schließlich komplexere Sachstrukturen in kürzerer Zeit zu bearbeiten und den gesteigerten Erwartungen gerecht zu werden.

Um die subjektive Wahrnehmung der Zeit im Rahmen der Rechtsanwendung zu analysieren, gehen wir davon aus, dass einem Rechtsan-

³⁰⁸ Vgl. Kuhn, Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen, 23. Aufl. (2012), S.61.

wender ein objektiv angemessener Zeitraum zur Bearbeitung der sich ihm stellenden Aufgabe zur Verfügung steht. So könnte zum Beispiel eine Amtsrichterin innerhalb von 90 Minuten ein Urteil in einem relativ leicht gelagerten Verkehrsunfall schreiben müssen. Wie die Richterin diesen Zeitraum nun wahrnimmt hängt maßgeblich von ihrer individuellen Leistungsfähigkeit in Bezug auf die konkrete Rechtsanwendung ab. Wird ihre individuelle Leistungsfähigkeit durch die sachlichen Strukturen und/oder die persönlichen und sozialen Erwartung an ihre Grenzen gebracht, wird die Zeit als absolute Grenze der Bearbeitung bewusst wahrgenommen. Da sie den Ablauf der Zeit nicht beeinflussen kann und innerhalb dieser Zeit eine Vielzahl von Optionen wahrnehmen und bearbeiten muss, ist entscheidend, ob es ihr tatsächlich möglich erscheint, die sich ihr bietenden Optionen in den zeitlichen Rahmen einzupassen. Sobald sie eine naheliegende Optionenwahl auf Grund der Zeit in Frage stellt, erlebt sie die Zeit als knapp. Wird die Zeit schließlich als grenzwertig knapp wahrgenommen, erlebt sie Zeitdruck. In dieser Situation werden ihre Entscheidungen, Optionen wahrzunehmen oder sie zu verwerfen, maßgeblich von der Motivation geprägt, noch innerhalb des gegebenen Zeitrahmens die Bearbeitung abschließen zu können.

Ob unsere Amtsrichterin im Hinblick auf die vorgegebenen 90 Minuten Zeitknappheit oder sogar Zeitdruck erlebt, hängt also davon ab, ob sie mit ihrer individuellen Leistungsfähigkeit den konkreten Anforderungen der Bearbeitung gerecht werden kann. Handelt es sich bei ihr um eine routinierte Amtsrichterin, wird sie den vorgegebenen Zeitrahmen als ausreichend wahrnehmen. Sie hat bereits eine genaue Vorstellung davon, welche Optionen sie auf welche Weise wahrnehmen muss, um eine ausreichende oder gar ausgezeichnete rechtliche Lösung anfertigen zu können. Sie verfügt über bewährte Arbeitsweisen, welche ihr die Planung und Kontrolle des konkreten Anwendungsverlaufs vereinfachen. Insofern wird sie ihre Entscheidungen für und gegen gewisse Optionen nicht primär von der ablaufenden Zeit abhängig machen. Demgegenüber wird eine Berufsanfängerin die Zeit, welche ihr zur Abfassung ihres ersten Urteils in der Praxis zur Verfügung steht, als knapp empfinden und unter Umständen sogar Zeitdruck verspüren, da sie noch nicht dazu in der Lage ist, schnell und vorausschauend mit den sachlichen Strukturen des Urteilens in der Praxis umzugehen. Ihr fehlen Routinen, Erfahrung

und Selbstvertrauen. Sie wird daher die ablaufende Zeit bewusst als absolute Grenze ihrer Tätigkeit wahrnehmen und ihre Entscheidungen für und gegen bestimmte Handlungsoptionen entsprechend ausrichten.

Der Vergleich der Wahrnehmungssituationen einer routinierten Amtsrichterin mit der einer Berufsanfängerin veranschaulicht zudem, dass zunehmende individuelle Leistungsfähigkeit zu einem verzögerten bewussten Erleben von Zeitknappheit und Zeitdruck führen. Noch deutlicher wird dies am Beispiel der Modellsituation der juristischen Ausbildung. Der Einheitsjurist wird vor allem im Umgang mit Zeitdruck ausgebildet. Die Klausursituation ist so angelegt, dass die sachlichen Strukturen innerhalb der Bearbeitungszeit von fünf Stunden nur von den allerwenigsten Kandidaten erschöpfend erfasst und bearbeitet werden können. Die sozialen und persönlichen Erwartung sind dabei mit Blick auf den Notendruck besonders hoch. Der angehende Jurist wird regelrecht dazu gedrillt, einen sozialen Konflikt schnellstmöglichst einer mindestens ausreichenden Lösung zuzuführen. Beim Einstieg in die berufliche Praxis, muss er diese Fähigkeit weiter ausprägen, denn regelmäßig wird sein Umgang mit der Zeit nun auch dahingehend beurteilt, ob dieser nicht nur rechtlich sondern auch wirtschaftlich vertretbar ist.

Zeitknappheit und Zeitdruck sind uns daher wohlvertraut. Die Erfahrung von Zeitknappheit und Zeitdruck ist sozusagen im besonderen Geschehen der praktischen Rechtsanwendung angelegt, da die sachlichen Strukturen grundsätzlich nie vollständig in einem vertretbaren zeitlichen Rahmen untergebracht werden können. Dies ist auch der Grund, warum professionelle Rechtsanwender Zeitknappheit und Zeitdruck nicht zwingend negativ wahrnehmen, sondern eher die positiven Effekte begrüßen. Zum einen ist dies der konzentrierende Effekt. Unter professionellen Rechtsanwender ist die Aussage »Ohne Zeitdruck kann ich nicht effektiv arbeiten« ein Allgemeinplatz. Fertig werden zu müssen kann helfen, tatsächlich auch fertig zu werden. Dies liegt eben auch an dem zweiten Effekt des Erlebens von Zeitknappheit und Zeitdruck, nämlich die Entlastungsfunktion. Die Tatsache, dass nur eine begrenzte Zeit zur Bearbeitung zur Verfügung stand, stellt eine institutionalisierte Rechtfertigung³⁰⁹ für die begrenzte Qualität der hervorgebrachten Leis-

³⁰⁹ Angelehnt an *Luhmann, Die Verwaltung* 1968, 3 (10 ff.).

tung dar. Man kann einer Aufgabe eben immer nur einen begrenzten Zeitrahmen einräumen. Ein Umstand, den wir im nächsten Abschnitt näher Untersuchen wollen, weil er interessante Konsequenzen nach sich zieht.

Das Primat der Fristsachen

Bisher haben wir nur die einzelne, isolierte Rechtsanwendung analysiert, um zu verstehen, was die Erfahrung von Zeitknappheit und/oder Zeitdruck bedingt. Festzuhalten bleibt, dass die Voraussetzungen für das subjektive Erleben von Zeitknappheit und Zeitdruck bei der isolierten Rechtsanwendung zwar regelmäßig vorliegen, es jedoch maßgeblich von unserer individuellen Leistungsfähigkeit abhängt, ob wir schließlich Zeitknappheit und Zeitdruck empfinden und ob wir dies positiv oder negativ erleben. Gleichwohl prägt die begrenzte Bearbeitungszeit das Erleben der Rechtsanwendung und genau deswegen werden professionelle Rechtsanwender dazu ausgebildet, mit komplexen sachlichen Strukturen, hohen sozialen und persönlichen Erwartungen sowie mit knapp bemessener Bearbeitungszeit umzugehen. Die oben dargestellte Situation der isolierten Rechtsanwendung ist der Klausursituation im Staatsexamen sehr ähnlich, denn auch in der Prüfung wird von dem Bearbeiter verlangt, eine Rechtsanwendung innerhalb eines vorgegebenen Zeitraums *ohne Unterbrechung und ohne Berücksichtigung sonstiger Angelegenheiten* zu bearbeiten. Allerdings hat diese isolierte Betrachtungsweise – zumindest für unsere Analyse der praktischen Rechtsanwendung – einen entscheidenden Nachteil: Sie entspricht schlichtweg nicht der Realität der beruflichen Praxis.

Die individuelle praktische Rechtsanwendung wird zwar bestenfalls konzentriert und ohne Unterbrechungen durchgeführt. Jedoch ist sie stets in den umfassenden organisatorischen Rahmen des Rechtsanwenders eingebettet. Anders ausgedrückt: Die einzelne Rechtsanwendung ist nur *eine* von *vielen*, die der professionelle Rechtsanwender insgesamt zu bearbeiten hat und dieser Umstand wirkt sich auf seine Arbeitsweise aus. Bei einem selbstständigen Anwalt kann man etwa von ungefähr

600 laufenden Akten im Jahr ausgehen.³¹⁰ Ein Amtsrichter befasst sich dementsprechend mit circa 600-700 Verfahren jährlich.³¹¹ Hier ergibt sich schon die erste Konsequenz des organisatorischen Rahmens für den für die einzelne Rechtsanwendung zur Verfügung stehenden Zeitraum. Mit der steigenden Zahl der gleichzeitig zu bearbeitenden Aufgaben, die individuelle Bearbeitungszeit ab. Wer 600 laufende Akten bearbeiten muss, hat weniger Zeit für eine einzelne Akte als derjenige, der nur 300 laufende Akten des gleichen Umfangs bearbeitet. Hier sei nur kurz darauf hingewiesen, dass jedes einzelne Verfahren Verwaltungs- und Planungsaufgaben mit sich bringt, die ihrerseits Zeit und Aufmerksamkeit des Rechtsanwenders erfordern. So gesehen sollte der Rechtsanwender in diesem Fall am besten sicherstellen, dass er nur 300 Verfahren annimmt. Allerdings kann es zu wirtschaftlichen Nachteilen führen, nur 300 Verfahren zu bearbeiten. Ferner kann es auch sein, dass dem Rechtsanwender innerhalb der Organisation, der er angehört, die Anzahl der zu bearbeitenden Verfahren nicht selbst bestimmen kann. Der Geschäftsverteilungsplan des Gerichts oder die Anweisungen des Partner der Großkanzlei müssen in aller Regel befolgt werden. Daher besteht bei professionellen Rechtsanwendern die Tendenz, die Anzahl der gleichzeitig zu bearbeitenden beziehungsweise die der unmittelbar anstehenden Angelegenheiten einem Maximalwert anzunähern. Damit verringert der Rechtsanwender gleichzeitig die für eine Rechtsanwendung zur Verfügung stehende Zeit. Hinzu kommt, dass mehr Verfahren auch mehr Verantwortung mit sich bringen. Dies erhöht die sozialen und persönlichen Erwartungen an den Rechtsanwender. Damit begünstigt der organisatorische Rahmen des Rechtsanwenders die zeitlichen und sachlichen Voraussetzungen von Zeitknappheit und Zeitdruck.

Der organisatorische Rahmen des Rechtsanwenders umfasst also in der Regel eine, sich einem Grenzwert annähernde, Anzahl an zu bearbeitenden Rechtsanwendungen. Diese Rechtsanwendungen müssen verwaltet, koordiniert und schließlich entsprechend der Priorisierung des Anwenders bearbeitet werden. Die anstehenden Aufgaben können nicht mehr ohne Weiteres isoliert werden, was zu ihrer Abhängigkeit³¹² führt.

³¹⁰ Heussen, Time-Management für Anwälte, 4. Aufl. (2014), S. 20.

³¹¹ Oberheim, Zivilprozessrecht für Referendare, 11. Aufl. (2016), S. 24, § 1 Rdnr. 53.

³¹² Luhmann, Die Verwaltung 1968, 3 (9).

Diese Abhängigkeit hat schließlich eine sehr interessante Konsequenz für Art und Weise wie der Rechtsanwender die Bearbeitungszeit für eine Aufgabe zuteilt. Ab einer gewissen Anzahl an Aufgaben ist es dem Bearbeiter nämlich nicht mehr möglich, diese jeweils abschließend nacheinander abzuarbeiten (zum Beispiel chronologisch geordnet nach Zeitpunkt des Eingangs). Zunächst kann es sein, dass manche Aufgaben der Mitwirkung Dritter bedürfen, so dass selbst dann nicht mit der Bearbeitung begonnen werden kann, wenn dies zeitlich sofort möglich wäre. Der wesentliche Grund für den Koordinationsbedarf liegt jedoch nicht in eventuell erforderlicher Kooperation. Entscheidend ist, dass unterschiedlichen Verfahren und Projekte auch unterschiedliche Termine und Fristen beinhalten. Diese zeitlichen Grenzen der jeweiligen Aufgabe werden zum maßgeblichen Faktor des organisatorischen Rahmens. Die zeitlichen Grenzen der einzelnen Rechtsanwendungen bringen es nämlich mit sich, dass eine rechtlich erhebliche Äußerung nach Ablauf der festgelegten Zeit nicht mehr oder nur unter sehr strengen Bedingungen nachgeholt werden kann. Daher zieht der Rechtsanwender solche Tätigkeiten vor, deren Bearbeitungszeit abzulaufen droht. Luhmann schreibt hierzu:

Andere Angelegenheit können aufgeschoben werden und immer noch bearbeitet werden. Befristete Arbeiten müssen dagegen durchgeführt werden – oder sie verlieren ihren Sinn.

So geraten die übrigen Eigenarten der anstehenden Rechtsanwendungen in den Hintergrund. Der zu Grunde liegende soziale Konflikt kann für die Beteiligten von besonderem wirtschaftlichen oder ideellen Interesse sein, die aufgeworfene Rechtsfrage kann von besonderer juristischer Bedeutung sein – all diese, und ähnliche, Erwägungen müssen jedoch hinter der zeitlichen Priorisierung zurücktreten. Aufgrund ständig anstehender Termine und stets ablaufender Fristen wird die sachliche Bedeutung der anstehenden Aufgaben im organisatorischen Rahmen der Rechtsanwendung grundsätzlich zurückgestellt. Somit wird die Priorität der Fristsachen zum Primat der Fristsache.³¹³ Fristsachen erhalten

³¹³ Luhmann, Die Verwaltung 1968, 3 (10). Das Primat der Fristsachen haben ich bereits im Zusammenhang mit den Kurz-Schlüssen gegen eine reflexive Praxis erläutert, siehe hier S. 41.

eine *wertmäßige Vorzugswürdigkeit* gegenüber Eilsachen, die mit den übrigen Werten, zu denen sich der Rechtsanwender sonst bekennt, nicht abgestimmt ist.³¹⁴

Das Primat der Fristsachen erklärt, warum in der beruflichen Praxis regelmäßig selbst großzügige Fristen bis zum Ende ausgeschöpft oder sogar verlängert werden müssen. So werden aus einem Zeitrahmen von vier Wochen zur Klageerwiderung letztendlich sechs eilige Stunden am Abend vor Fristablauf.

Dass die Koordination von anstehenden Aufgaben nach der jeweiligen Dringlichkeit vorgenommen wird, ist zunächst einmal kein Problem. Zwar werden andere Werte der Aufgaben (zum Beispiel: wirtschaftliche, existenzielle und ideelle Bedeutung für die Beteiligten, rechtliche Bedeutung, Umfang der Bearbeitung, Streitwerte, in Aussicht stehendes Honorar und eine mögliche Steigerung des eigenen Ansehens) diskreditiert, aber eventuell sind diese Werte für den Rechtsanwender gar nicht dazu geeignet, eine umsetzbare Priorisierung zu erreichen. Im Hinblick auf die Nutzlosigkeit der Rechtsanwendung nach Fristablauf scheint die Zeit sogar zwingend die essenzielle Priorität für den Rechtsanwender zu sein. Allerdings muss diese Priorität auch in Frage gestellt werden können, denn der Rechtsanwender darf die organisatorisch diskreditierten Werte im Rahmen seiner Tätigkeiten nicht völlig ignorieren. Sieht sich der Rechtsanwender etwa mit der Aufgabe konfrontiert, eine überzeugende Argumentation im Rahmen eines komplizierten und nicht alltäglichen Rechtsstreits herzustellen, um diesen einer nachhaltigen und für alle Beteiligten befriedigenden Lösung zuzuführen, müssen nicht nur zeitliche Anforderungen, sondern auch inhaltliche Anforderungen bei der Arbeitsplanung berücksichtigt werden. Denn so manch intellektuell anspruchsvolle Aufgabe kann nicht einfach auf Knopfdruck erledigt werden, sondern setzt Phasen der Kontemplation voraus. Ein guter Gedanken lässt manchmal auf sich warten: Gut Ding will Weile haben.³¹⁵ Mit-

³¹⁴ Luhmann, Die Verwaltung 1968, 3 (10).

³¹⁵ Dieser Umstand hat aber auch eine äußerst interessante Kehrseite: Manchmal stellt sich ein guter Gedanke quasi augenblicklich ein. Daraufhin kann man sich die Kontempla-

ternachts, drei Stunden vor Fristablauf, kann es dann sein, dass sich dieser gute Gedanke nicht mehr einstellt. Insofern darf die zeitliche Ordnung des organisatorischen Rahmens nicht unreflektiert hingenommen werden.³¹⁶

Dennoch, Fristsachen erhalten unsere bevorzugte Aufmerksamkeit. Und nicht nur unsere Zeit sondern gerade auch unsere Aufmerksamkeit ist begrenzt. Daher werden zunächst einmal nur solche Aufgaben bearbeitet, bei denen die zeitlichen und sachlichen Voraussetzungen für Zeitknappheit und Zeitdruck vorliegen. Zurückgestellte Arbeiten rücken erst dann in das Zentrum der Aufmerksamkeit, wenn sie sich ihrerseits in Fristsachen verwandeln und der Ablauf derselben droht.³¹⁷ So kommt es, dass wir uns regelmäßig mit Arbeitssituationen konfrontiert sieht, in welchen die sachlichen und zeitlichen Voraussetzungen für das Erleben von Zeitknappheit und Zeitdruck vorliegen. Es kann daher sogar durchaus vorkommen, dass Aufgaben ohne klare Fristen überhaupt nicht erledigt werden. Der organisatorische Rahmen der Rechtsanwendung ist somit so angelegt, dass wir grundsätzlich bewusst die zeitlichen Grenzen der Bearbeitung beachten müssen und daher regelmäßig unter Zeitdruck geraten. Dies wirkt wiederum auf die isolierte Rechtsanwendung zurück. Hier verkürzt sich die zur Verfügung stehende Entscheidungszeit. Das hat eine Bevorzugung der schnelleren, abgekürzten, bereits bewährten Arbeitsweisen zur Folge. Dazu die treffende Analyse Luhmanns:

Aus der knappen Entscheidungszeit ergibt sich zum Beispiel eine Bevorzugung des schon Bekannten, der eingefahrenen Denkbahnen, eine Bevorzugung der Informationen, die man hat, vor denen, die man sich erst suchen muss, eine Bevorzugung der Kommunikationspartner, mit denen man sich rasch verständ-

tion sparen. Dieses »Ersparnis« führt paradoxerweise zu wirtschaftlichen Nachteilen, wenn sich die Vergütung nach der aufgewendeten Zeit berechnet.

³¹⁶ Christoph Frank nennt uns einen weiteren wichtigen Grund, warum dem so ist: »Die Bearbeitung eines Falles darf nur so und so lang dauern. Das ist eines Rechtsstaats nicht würdig. Man kann Rechtsfindung nicht mit Minutenvorgaben takten. Die Justiz ist ein Garant für gesellschaftliche Stabilität und inneren Frieden. Eine Ökonomisierung der Justiz gefährdet die Qualität der Entscheidungen.« ;Frank im Interview: *Prantl*, SZ vom 26. April 2016, Nr. 96, S. 6.

³¹⁷ Vgl. *Luhmann*, Die Verwaltung 1968, 3 (12).

digen kann, vor solchen, mit denen zeitraubende Verhandlungen erforderlich wären [...].³¹⁸

Ob dies gut oder schlecht ist, bedarf zumindest der Kontrolle im Einzelfall. In einer Lebenswirklichkeit in der kein Fall dem anderen gleicht, wir, wollen wir unserer Aufgabe gerecht werden, jedoch stets in der Lage sein, flexible und vertretbare Lösungen hervorbringen zu können.

Freilich betrifft die Priorisierung der Fristsachen nicht sämtliche professionellen Rechtsanwender gleichermaßen. Kaum betroffen von diesem Phänomen sind etwa die Rechtswissenschaftler, welche zwar meist an Abgabefristen oder sonstige mittelbare Fristen gebunden sind, jedoch viel seltener mit drohenden Nutzlosigkeit ihrer Leistungen rechnen müssen und zudem regelmäßig weniger Fristen koordinieren müssen.³¹⁹ Ähnliches lässt sich etwa auch über die Tätigkeit der Richter an den Obergerichten sagen, die aufgrund viel geringerer Verfahrenszahlen dem rechtlich bedeutsamen Einzelfall deutlich mehr Zeit widmen können und erheblich weniger Koordinationsaufwand zwischen einzelnen Verfahren betreiben müssen. Trotzdem zeigt das Zusammenspiel der Fristsachen und seine Auswirkungen, wie die Rahmenbedingung des Zeitfaktors sich umfassend auf die *gesamte* Tätigkeit des Rechtsanwenders auswirkt. Dieser Einfluss wirkt schlussendlich immer auf die isolierte Rechtsanwendung zurück.

Von der Reflexion über die Zeit und die Rechtsanwendung hin zum qualitativem Zeitmanagement

Nach den vorangegangenen Überlegungen können wir festhalten: Die Zeit ist *die* elementare Rahmenbedingung der Rechtsanwendung.

Die Zeit gibt dem Geschehen Rechtsanwendung *eine* Richtung. Ohne Klageschriftsatz gibt es keinen Klageerwiderungsschriftsatz, ein Umstand der zwar banal anmuten mag, jedoch entscheidende Auswirkungen haben kann, wenn man versucht, Geschehen und Erkenntnisverlauf

³¹⁸ Luhmann, Die Verwaltung 1968, 3 (12).

³¹⁹ Der Schluss liegt nahe, dass hierin auch der Grund bestehen könnte, warum so manche rechtswissenschaftliche Rechtsanwendung im Sande verläuft.

nachträglich zu rekonstruieren (»Wieso haben Sie denn nicht gleich gesagt, dass ... ?«). Die Zeit ist somit allein schon aufgrund ihrer »Gerichteinheit« und unserem Eingebettetsein in zeitliche Strukturen *der* Faktor, der das Erleben der Rechtsanwendung ausmacht. Sie prägt die subjektive Erfahrung unserer Tätigkeit. Diesen Umstand werden wir uns im Rahmen der reflexiven Praxis noch zu Nutzen machen können.

Neben dem Verlauf der Zeit sind auch ihre Grenzen von wesentlicher Bedeutung. Im Rahmen der Analyse des Zeitfaktors habe ich zunächst gezeigt, dass zeitliche Grenzen die Rechtsanwendung absolut beschränken. Diese Grenzen geben dem Geschehen der praktischen Rechtsanwendung einen *Anfang* und ein *Ende*. Diese Grenzen bestimmen, was maximal möglich sein könnte und schließlich auch, was maximal möglich war. Die begrenzte Zeit ist es, die uns die Rechtsanwendung als entspannt, gehetzt, fließend, stockend oder zerstückelt wahrnehmen lässt. Sie ist es, die uns Ziele setzten, Abstriche machen, Entscheidungen treffen und einen Abschluss finden lässt. Die begrenzte Zeit ist es, die uns zu opportunistischem Handeln anregt.

Im Anschluss an die Analyse der zeitlichen Grenzen der Rechtsanwendung habe ich mit Rückgriff auf Luhmanns Untersuchung des Primats der Fristsachen gezeigt, dass eine Vielzahl anstehender Rechtsanwendungen zur Vordringlichkeit des Eiligen führt und dass dadurch zeitliche Erwägungen andere Werte diskreditieren.

Aus alldem folgt, dass wir uns zeitliche Strukturen im Rahmen einer reflexiven Praxis bewusst machen sollten. Wenn es Prozesse gibt, die nicht beschleunigt werden können, muss dem Rechnung getragen werden. Es gilt, Freiräume für das Denken zu schaffen und dafür muss man *echte* Wertentscheidungen treffen. Dazu ist es jedoch erforderlich, dass der Rechtsanwender über seine Tätigkeit reflektiert.

An dieser Stelle führt uns unsere Reflexion über die Zeit als elementare Rahmenbedingung der praktischen Rechtsanwendung zu einem neuen Verständnis von dem, was allgemein hin als Zeitmanagement bezeichnet wird. Im Hinblick auf die vorangegangenen Überlegungen will ich zwischen quantitativem und qualitativem Zeitmanagement unterscheiden.

Unter *quantitativem Zeitmanagement* verstehe ich die Zuweisung von bestimmten Zeiträumen für einzelne Handlungsschritte auf Grundlage von zeitmengenmäßigen Überlegungen in Verbindung mit empirischen Durchschnittswerten. So kann man beispielsweise den Vorüberlegungen in einer Examensklausur grundsätzlich zwei Stunden zuweisen und der Niederschrift drei Stunden, da dies im Allgemeinen als eine zweckmäßige Zeiteinteilung angesehen wird. Das quantitative Zeitmanagement besteht demnach aus abstrakt generellen Zeitregelungen. Nach drei Stunden sollte mit der Niederschrift begonnen werden, wobei persönliche Eigenarten des Bearbeiters oder die Besonderheiten des zu bearbeitenden Einzelfalles außer Betracht bleiben.

Zwar bieten diese Richtwerte grobe Anhaltspunkte für den Verlauf einer Bearbeitung, doch begünstigt das quantitative Zeitmanagement die Erfahrung von Zeitknappheit und Zeitdruck. Wer beispielsweise sehr schnell denkt, aber nur sehr langsam schreibt, mag etwa bereits nach einer Stunde mit der Niederschrift beginnen, da er andernfalls nicht mehr fertig wird. Die Einhaltung allgemeingültiger quantitativer Zeitvorgaben würde den langsam Schreibenden in diesem Fall in Bedrängnis bringen.

Demgegenüber legt man beim *qualitativen Zeitmanagement* das Hauptaugenmerk auf die individuelle Durchführbarkeit sowie die konkret sachliche Angemessenheit zeitlicher Planung. Ferner berücksichtigt man die persönlichen wie sozialen Erwartungen an das eigene Handeln. Im Vergleich zum quantitativen Zeitmanagement erfordert das qualitative Zeitmanagement wesentlich mehr Aufwand und zudem ein tieferes Verständnis der zu bewältigenden Aufgabe. Wir müssen nämlich dazu in der Lage sein, einschätzen zu können, wie viel Zeit ein auszuführender Arbeitsschritt ungefähr benötigen wird.³²⁰ Darüber hinaus müssen wir auch einschätzen können, *wie wichtig* ein Arbeitsschritt im konkreten Fall ist. Schwerpunkte setzen heißt in diesem Falle auch, Nicht-Entscheidendem wenig Zeit zu widmen.

Ausgangspunkt des qualitativen Zeitmanagements sind ebenfalls abstrakt-generelle Überlegungen zur jeweils aufzuwendenden Zeit. So

³²⁰ Hierbei handelt es sich um *den* Grund für das Schreiben von Übungsklausuren. Wer gelernt hat in Bearbeitungszeit zu denken, braucht sich nicht weiter mit dem Klausurentraining quälen.

kann man beispielsweise zur Vorbereitung auf das Assessorexamen folgendes Arbeitsprogramm zur Hand nehmen:

- Lesen und Ordnen: 40 Minuten
- Lösungsskizze fertigen: 120 Minuten
- Rubrum, Tenor und Sachverhalt schreiben: 50 Minuten
- Entscheidungsgründe schreiben: 90 Minuten

Entscheidend ist jedoch, dass diese quantitativen Erwägungen an die individuelle Leistungsfähigkeit, die persönlichen wie sozialen Erwartungen und an die sachlichen Strukturen der jeweiligen Bearbeitung angepasst werden müssen. Bekomme ich es beispielsweise mit einer Fallkonstellation zu tun, in der ich über fundierte sachliche Kenntnisse verfüge, werden meine Vorüberlegungen weitaus weniger Zeit in Anspruch nehmen, als wenn ich eine Rechtsfrage bearbeiten muss, zu der ich mir erst ein grundlegendes Verständnis erarbeiten muss. Diese zeitlichen Unterschiede wirken sich freilich auch auf den Umfang und die Qualität meiner Bearbeitung aus. Es wird deutlich, dass es sich durchaus lohnt, sich mit der Erfahrung der Zeit auseinanderzusetzen.

Im qualitativen Zeitmanagement legt man ein besonderes Augenmerk auf Wertentscheidungen, welche nicht nur auf eine effektive und effiziente Rechtsanwendung sondern auch auf eine *gute* Rechtsanwendung abzielen. Das qualitative Zeitmanagement setzt mithin Reflexion über das eigene Wirken voraus. Anders ausgedrückt: Das qualitative Zeitmanagement *ist* eine besondere Form der Reflexion. Nur wenn ich weiß, *wie* ich das Recht anwenden kann, *warum* ich das Recht auf bestimmte Weise anwenden sollte und *wie viel* Zeit *gute* Rechtsanwendung in Anspruch nimmt, bin ich in dazu in der Lage, die mir zur Rechtsanwendung zur Verfügung stehende Zeit *besser* zu nutzen.

Menschlichkeit

Nachdem wir uns also darüber Gedanken gemacht haben auf welche Art wir mit Vielfältigkeit, Komplexität und Vieldeutigkeit konfrontiert werden und wie der Faktor Zeit unser Wirken beherrscht, möchte ich im Folgenden mit Ihnen über die Bedeutung der Menschlichkeit als eine der prägenden Rahmenbedingungen der praktischen Rechtsanwendung nachdenken. Ich kann hierzu keine Rechtssoziologie oder Rechtsphilosophie betreiben; ich vermag weder die normative Geltung noch die soziale Wirkung des Rechts zu begründen. Vielmehr möchte beschreiben, welchen Einfluss meiner Ansicht nach die Menschlichkeit auf das Geschehen der praktischen Rechtsanwendung nimmt und so vermitteln, warum man über diesen Faktor nachdenken muss, wenn man sich eine sinnvolle reflexive Praxis aneignen möchte.

Wir haben bereits festgestellt, dass die *praktische* Rechtsanwendung eine Tätigkeit ist, die stets einen Bezug zur Lebenswirklichkeit aufweist. Nun ist dieser Bezug durch den funktionalen Charakter des Rechts geprägt, also dadurch, dass die Institution des Rechts insbesondere der effizienten und nachhaltigen Vermeidung oder Auflösung sozialer Konflikte dient. Praktische Rechtsanwendung hat somit immer auch eine (Aus-)Wirkung auf andere Menschen – direkt oder indirekt, mittelbar oder unmittelbar. Ein Urteil vermag einen sozialen Konflikt unmittelbar zu beenden; ein Schriftsatz in demselben Verfahren die Konfliktlösung jedoch in der Regel nur mittelbar vorzubereiten. Das höchstrichterliche Grundsatzurteil wiederum beeinflusst indirekt alle nachfolgenden Instanzurteile in einschlägigen Fällen und trägt somit ebenfalls mittelbar zu zukünftigen direkten Konfliktlösungen bei. Man könnte insofern auch von Nah- und Fernwirkungen der praktischen Rechtsanwendung sprechen. Entscheidend ist, dass es keine *praktische* Rechtsanwendung gibt, die keine – wenn auch nur minimale – Auswirkungen auf andere Menschen hat. Dabei spielt es im Übrigen keine Rolle, ob es sich bei den Konfliktbeteiligten um natürliche oder juristische Personen handelt. Jede juristische Aussage oder Entscheidung in Bezug auf den Zustand und/oder das Verhalten menschlicher Zusammenschlüsse betrifft stets

auch das zugehörige Individuum.³²¹ Wir können also festhalten: Praktische Rechtsanwendung ist stets eine Tätigkeit *von* Menschen *für* Menschen.

Wollen wir eine Perspektive auf unser Wirken als Rechtsanwender einnehmen, die uns erlaubt, praktische Rechtsanwendung als eine subjektive Erfahrung zu begreifen, müssen wir diese essenzielle Bedingung der praktischen Rechtsanwendung berücksichtigen. Sie äußert sich darin, dass Rechtsanwendung mit einer eigentümlichen Machtstruktur und somit mit einer besonderen Verantwortung einhergeht. Desweiteren lässt sich praktische Rechtsanwendung im Hinblick auf die Rahmenbedingung der Menschlichkeit als eine Form der zwischenmenschlichen Kommunikation begreifen. Schließlich führt der Faktor der Menschlichkeit der Rechtsanwendung dazu, dass man notwendigerweise akzeptieren muss, dass Menschen Fehler machen.

Macht, Verantwortung und konkrete Humanität

Praktische Rechtsanwendung ist eine Tätigkeit *von* Menschen *für* Menschen – doch handelt es sich um mehr als ein bloße Dienstleistung, denn soziale Konflikte zu vermeiden oder aufzulösen umfasst auch, den Willen anderer Menschen zu beschränken. Mit praktischer Rechtsanwendung beschreiben wir nicht bloß einen sozialen Zustand, sondern versuchen unter Rückbezug auf die Institution des Rechts menschliches Verhalten zu beeinflussen und bestenfalls die Situation nach unseren Vorstellungen zu verändern. Zur Verhaltensregelung durch das Recht schreibt Zippelius:

Das Recht beschreibt nicht Tatsachen, sondern es schreibt Handlungen vor, läuft auf »präskriptive« Aussagen hinaus.

Das gesamte Recht besteht daher aus Verpflichtungen etwas zu tun oder zu unterlassen, und aus Regeln für das Entstehen, die Modifikation und das Erlöschen genereller Verhaltensnormen oder individueller Pflichten [...].³²²

³²¹ Vgl. Weick, Der Prozeß des Organisierens, 1995, S. 53.

³²² Zippelius, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl. (2012), S. 2.

Wenden wir also das Recht an, geht es im Kern darum, anderen Menschen ein Verhalten vorzugeben. Anderen ein bestimmtes Verhalten verbindlich vorgeben zu können, ist etwas Besonderes, weil es mit der Ausübung von *Macht* verbunden ist. Das Beispiel des richterlichen Urteils zeigt dies besonders deutlich, wenn der Beklagte dazu verurteilt wird, eine Geldsumme an den Kläger zu zahlen oder ein Verhalten zu unterlassen. Die durch das Urteil vorgegebene Verhaltenspflicht widerspricht in aller Regel nicht nur dem Willen des Beklagten, sondern kann bei Nichtbeachtung empfindlich sanktioniert oder im äußersten Fall auch durch den Einsatz von Zwang oder Beugung durchgesetzt werden.

Doch auch die anderen Formen der praktischen Rechtsanwendung manifestieren gewisse *Macht*verhältnisse zwischen Rechtsanwendern und den sonstigen Beteiligten. Rechtliches Wissen ist Macht. So kann beispielsweise der Anwalt durch Verweis auf das Gesetz und seine juristische Expertise sowohl seinem Mandanten als auch der Gegenseite ein bestimmtes Verhalten vorgeben; es ist keine Seltenheit, dass ein bissig formuliertes, wohl begründetes Schreiben an die Gegenseite zur Erfüllung des geltend gemachten Anspruchs führt, ohne dass zu einem gerichtlichen Verfahren kommt. Wer »die Sprache des Rechts« spricht, juristische Ausdrucksformen beherrscht und sich in den Institutionen des Rechts bewegen kann, ist denjenigen gegenüber im Vorteil, die von all dem nichts wissen. Sein vermeintliches Recht durchzusetzen, heißt noch lange nicht, auch im Recht zu sein. Das lässt sich auch umkehren: Im Recht zu sein, heißt noch lange nicht, sein Recht auch durchsetzen zu können. Häufig ist es die Angst, einen juristischen Konflikt dennoch zu verlieren, auf den Kosten sitzen zu bleiben, sich zu blamieren und vorgeführt zu werden, die Menschen davon abhält, ihre Konflikte auch auszufechten. Juristische Auseinandersetzungen erfordern also (Selbst-) Vertrauen, Mut und Wissen beziehungsweise fachliche Beratung. Auf eine juristische Auseinandersetzung lassen sich zwei Seiten nur dann ein, wenn sie *beide* glauben, gewinnen zu können und am Ende besser dazustehen (dies gilt für das Strafverfahren nur eingeschränkt; hier verbleibt dem Angeklagten jedoch die Möglichkeit, die Tat zu gestehen und somit einem langwierigen Verfahren aus dem Weg zu gehen).³²³

³²³ Breithaupt, Kultur der Ausrede, 2012, S. 123, zum Pakt der Verhandlung auf Grundlage der menschlichen Kulturpraxis der Ausrede.

In der praktischen Rechtsanwendung begegnen wir Menschen, die Rat suchen, Hilfe brauchen, nicht weiter wissen, etwas Dummes oder gar Schlimmes getan haben, denen Willkür widerfahren ist, die Ängste haben etc. Diesen Menschen begegnen wir nicht auf Augenhöhe: Wir wissen etwas, was sie nicht wissen, wir können entscheiden, was sie nicht entscheiden können, wir können veranlassen, was sie nicht veranlassen und wogegen sie sich nur eingeschränkt zur Wehr setzen können. Diese *Machtstrukturen* gehen mit der praktischen Rechtsanwendung einher; mal in drastischem, mal in geringfügigen Ausmaße.

Die Macht des Rechtsanwenders – gleich welchen Ausmaßes – ist mit einer besonderen *Verantwortung* verknüpft. Mit Verantwortung meine ich, dass der Rechtsanwender Rechenschaft für sein Verhalten ablegen muss.³²⁴ Allerdings können Verhalten und Rechtfertigung nicht scharf getrennt werden.³²⁵ Die praktische Rechtsanwendung ist besonders eng mit der Rechtfertigung des Anwenders verwoben, denn ein wesentlicher Teil seiner Tätigkeit besteht darin, seinen Beitrag zur Konfliktbehandlung zu *begründen*. Dazu muss er zunächst sein Wirken mit die Vorgaben der Institution des Rechts abgleichen. Er muss die ihr eingeschriebenen Ideale und Prinzipien wie etwa Gerechtigkeit, Gleichheit, Objektivität, Verfahrensgerechtigkeit, Rechtssicherheit, Gesetzestreue, Widerspruchsfreiheit etc. achten und verwirklichen. Auf diese Weise lässt sich die Verantwortung des Menschen *als Rechtsanwender*, als ein Organ der Rechtspflege eingrenzen. Diese Verantwortung ist entsprechend in berufsrechtlichen Regelwerken normiert wie etwa für die Anwälte in der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO), der Berufsordnung für Rechtsanwälte (BORA) und der Fachanwaltsordnung (FAO).

Allerdings – und das ist von wesentlicher Bedeutung – wird so nicht die Verantwortung des Rechtsanwenders *als Mensch* definiert. In der konkreten menschlichen Situation, der Begegnung mit anderen, ist nicht einfach nur ein rechtlicher Regelkanon zu befolgen, sondern hier spielen darüber hinausgehende Erwägungen der Moral und Ethik eine besonde-

³²⁴ Breithaupt, Kultur der Ausrede, 2012, S. 116, zur Verantwortung im sozialkritischen Kontext.

³²⁵ Vgl. Breithaupt, a. a. O., S. 117.

re Rolle.³²⁶ Ich bin fasziniert von Ronald Dworkins Ansatz, das Recht als einen Teil der politischen Moral zu verstehen; Dworkin beschreibt das Verhältnis von Ethik, Moral und Recht als eine baumartige Struktur: die persönliche Moral (»Wie soll ich mit anderen umgehen?«) ergibt sich aus der Ethik (»Wie soll ich leben?«) und die politische Moral (»Wie sollen wir als Kollektiv mit Individuen umgehen?«) wiederum wurzelt in der persönlichen Moral.³²⁷ Es ist hier nicht möglich, Dworkins Ansatz zu analysieren und einzuordnen; wir erhalten jedoch von ihm eine plausible Erklärung dafür, dass das Recht als Teil der politischen Moral nicht deckungsgleich ist mit der Ethik, der politischen sowie der persönlichen Moral. Rechtliche Erwägungen können somit allein nicht ausreichen, wenn wir unserer Verantwortung *als Mensch* gerecht werden wollen. Anders ausgedrückt: Das Konzept der Verantwortung hat eine Vielzahl verschiedenartiger Facetten.³²⁸ Die Verantwortung die ich in meiner Rolle *als Rechtsanwender* trage, ist nicht deckungsgleich mit der moralischen und ethischen Verantwortung, der ich versuche, *als Mensch* gerecht zu werden. Die Anforderungen die aus den verschiedenen Verantwortungsformen resultieren, können auch in Konflikt geraten. Doch die Priorität der jeweils zu erfüllenden Anforderungen ist nicht feststehend: Man kann nicht davon ausgehen, dass man als Rechtsanwender grundsätzlich von seiner menschliche Verantwortung befreit wäre oder dass die Verantwortung als Rechtsanwender im jeden Fall der als Mensch vorgehe. Daraus folgt, dass ich mich im Hinblick auf meine Verantwortung als Mensch, bei der praktischen Rechtsanwendung nicht allein mit dem Verweis auf die Gesetzesbindung oder die technisch einwandfreie Anwendung des Gesetzes rechtfertigen kann – oder denken Sie, dass das Recht sozusagen »automatisch« eine aufrichtige Achtung der objektiven und gleichen Wichtigkeit menschlichen Lebens mit sich bringen kann?³²⁹

³²⁶ Vgl. Lenk, Konkrete Humanität, 1998, S. 34 ff.

³²⁷ Dworkin, Gerechtigkeit für Igel, 2012, S. 684 f. Dworkins gesamte Monographie ist im Prinzip der Herleitung dieser baumartigen Struktur von Ethik, Moral und Recht gewidmet.

³²⁸ Lenk unterscheidet etwa zwischen Rollen- und Aufgabenverantwortung sowie universal-moralischer Verantwortung. Jeder dieser Aspekte der Verantwortung ist wiederum feiner gegliedert. Siehe hierzu seine Übersicht auf S. 278 f. in: Lenk, a. a. O.

³²⁹ Einen entsprechenden Maßstab entwickelt Dworkin in Dworkin, a. a. O. Siehe zur Würde und moralisch falschem Handeln insb. S. 460 ff.

Aus all dem folgt, dass die Verantwortung des Rechtsanwenders *als Mensch*, weit mehr umfasst, als eine bloß technische saubere rechtliche Prüfung; sie umfasst den angemessenen Umgang mit anderen Menschen, das heißt, die besondere Anerkennung der menschlichen Würde im Zeichen der Menschlichkeit. Weil praktische Rechtsanwendung etwas Menschliches ist (*von Menschen für Menschen*), muss ich zur *guten* praktischen Rechtsanwendung auch Kriterien der Menschlichkeit berücksichtigen und zur Geltung verhelfen. Hans Lenk nennt dies eine Philosophie der konkreten Humanität und schreibt zur Wichtigkeit der *konkreten, qualitativen* Menschlichkeit der Verantwortung:

Wenn man alles zu sehr nach formellen Regeln, nach generellen oder gar universellen Regeln allgemein-moralisch absichern will, dann gerät man in die Gefahr eines [scheinheiligen] Denkens. Oft entlastet man sich auch, indem man die Verantwortung dem Regelkanon zuschiebt. Demgegenüber ist aber eine mitmenschlich wirklich intensiv erlebte, persönlich selbst erfahrene und die Person engagierenden Humanisierung wichtiger. Bei aller Nutzung der Technik und unserer institutionellen wie organisatorischen Mittel, die zweifellos große Chancen der quantitativen Humanisierung enthalten, ist es wichtig, die *qualitative Humanisierung* nicht zu vergessen, sondern sie sogar in den Vordergrund zu stellen. Die qualitative Humanisierung im Sinne der mitmenschlichen oder solidarischen und das Mitleiden, das Mitgefühl ansprechenden Weise zu fördern, das kann nicht durch eine abstrakte allgemeine Predigt [...] geleistet werden. Sondern man kann allenfalls die unmittelbare und situative Verantwortung und Verantwortlichkeit an Fällen studieren und vielleicht deutlich machen, dass es notwendig ist, das Menschliche über dem Formalen nicht zu vergessen. [...] Das Humane, das Personale wir erst im Auge des anderen, in der menschlichen Begegnung konkret, aktiviert und erfordert immer existenzielle Betroffenheit. Das echte Humanum ist nicht am moralischen grünen Tisch auszuhandeln, sondern ist und bleibt eine Sache der zwischenmenschlichen Erfahrung.³³⁰

Lenk betont, dass er die Notwendigkeit für konkrete Humanität an die menschlichen Begegnungen und Situationen bindet.³³¹ Die Erfahrung und das Erleben des Umgangs mit anderen Menschen macht die (Rück-) Besinnung auf die Menschlichkeit erforderlich, auf dass

³³⁰ Lenk, Konkrete Humanität, 1998, S. 35.

³³¹ Siehe Lenk, a. a. O., S. 37.

... man anerkennt, dass wir alle Menschen sind und menschlich sind und bleiben, dass wir uns nicht nur als rationale und Erkenntniswesen allein auffassen, sondern dass wir durchaus berücksichtigen, dass wir einsehen können, mitfühlen, mitleiden können, dass alle unsere Gestaltungsweisen, Ideen, Planungen menschengemäß bleiben sollen, und das wir wesentlich human bleiben, handeln und wirken sollen – eben unter dem Gesichtspunkt der Menschengemäßheit und des Humanen. »Humanität«, das mag ein vielleicht zu großes Wort sein, aber die Ideen des Humanen und des menschlichen Umgangs mit anderen Menschen [...] zu befördern, das ist nach wie vor eine sehr sinnvolle Intuition, die man zwar nicht aus einem obersten Prinzip allein absolut sicher begründen kann, nicht in rein deduktiver Weise ableiten kann, aber die man doch argumentativ begründen kann, weil sie gewisse Gleichheits- und Gerechtigkeitsideen und -grundlagen voraussetzt und in Anspruch nimmt, die von allen Kulturen getragen werden können.³³²

Professionelle Rechtsanwender können und dürfen sich nicht darauf beschränken, einzig und allein »auf das Recht zu pochen«. Es gibt Situationen, in denen man mit bloßer Regeltreue das Selbstbild, das Selbstvertrauen, ja sogar die ganze Existenz eines anderen zerstören kann. Es gibt Situationen, da kann eine Erfahrung der praktischen Rechtsanwendung aber auch genauso gut das eigene Selbstbild, Selbstvertrauen und die eigene Existenz in Mitleidenschaft ziehen. Daher kann es angesichts der menschlichen Verantwortung im Umgang mit Menschen geboten sein, *andere* Lösungen zu finden, als die der peinlichen Gesetzesanwendung. Das hört sich nicht nach Gesetzestreue an und legt den Verdacht nahe, wir würden hier nicht über praktische Rechtsanwendung, sondern vielmehr über eine pragmatische Ethik nachdenken. Doch wenn man sich zum Beispiel die von mir erlebte praktische Handhabung des § 265 a StGB vor Augen führt, erahnt man, was ich mit *anderen* Lösungen meine. So besteht in Köln die Besonderheit, dass sich ein Teil der örtlichen Drogenszene an der Straßenbahnhaltestelle »Neumarkt« trifft. An bestimmten Terminen in der Woche fand in der Nähe der drei Stationen entfernten Haltestelle »Eifelwall« eine Substitutionstherapie statt, die unter anderem die Ausgabe von Methadon an Heroinabhängige vorsah. Zu dieser Therapie fuhr nun ein wesentlicher Teil der am Neumarkt an-

³³² Lenk, Konkrete Humanität, 1998, S. 87.

gesiedelten »Zielgruppe« mit der Straßenbahn und das regelmäßig ohne einen gültigen Fahrschein. Die Kölner Verkehrsbetriebe erkannten diese »Übung« schnell und verstärkten die Fahrkartenkontrollen zu den gegebenen Zeiten; gleichzeitig führte man die Praxis ein, drei Mal Fahren ohne gültigen Fahrschein zur Anzeige zu bringen. So kam es zu einer Art Anklagewelle wegen Erschleichen von Leistungen in mehreren Fällen. Die Gesetzeslage war in vielen Fällen eindeutig. Ein erheblicher Teil der Angeklagten war zudem einschlägig vorbestraft; häufig handelte es sich um sogenannte »Bewährungsversager«. Die Frage, die sich zwar nicht auf dem Papier, wohl aber im Gerichtssaal stellte war, wie gehen wir als Rechtsanwender (Richter und Staatsanwalt) mit diesen Menschen um, wenn tatsächlich eine Gefängnisstrafe angezeigt ist? Wie gehen wir mit jemandem um, dessen Leben von einer Instabilität geprägt ist, die wir nicht einmal dann erraten können, wenn wir tagtäglich mit vergleichbaren Fällen zu tun haben? Wie gehen wir mit Menschen um, die jeden Tag mit ihrem Schicksal ringen und teilweise so (gedanken-) verloren sind, dass sie von der Gerichtsverhandlung wegen Leistungserschleichung mit der Straßenbahn zurück in die Stadt fahren und erneut keinen Fahrschein ziehen? Ich habe es in meiner Praxisausbildung erleben dürfen, wie es ein Richter fertigbrachte, *andere, menschliche* Lösungen zu finden, ohne auch nur den geringsten Zweifel an seiner Gesetzestreue aufkommen zu lassen. Richter, Angeklagte und Staatsanwalt suchten das Gespräch, versuchten der Situation einen Sinn zu geben, die den besonderen Umständen der Angeklagten gerecht wurde. Der Richter hätte sich die Sache auch wesentlich leichter machen können und sich auf den Blick in Akte und Gesetz beschränken können. Auslegung und Subsumtion erledigten sich quasi von selbst, die Strafzumessung war nur noch ein Akt der Formalität. Doch im Ergebnis musste die Angeklagte nicht wegen Schwarzfahrens ins Gefängnis und alle Beteiligten und Beobachter waren sich einig, dass dies eine *gute* Lösung sei.

Soll das heißen, dass ich der Ansicht bin, der praktische Rechtsanwender müsse auch mal ein Auge zudrücken oder Fünfe gerade sein lassen können? Zunächst einmal lautet meine Antwort auf diese Frage: Ja, wenn es die Menschlichkeit erfordert.

Doch halt! – Diese Aussage darf nicht als Aufforderung zur Rechtsbeugung, zum Rechtsbruch oder zu Lug und Betrug verstanden werden. Mir ist auch durchaus bewusst, dass man in der Rolle des Rechtsanwenders rechtliche Probleme nicht einfach durch kreative alternative Lösungsmöglichkeiten umgehen darf. Ich weiß auch, dass sich nicht von der Außenwirkung seiner Entscheidung beeinflussen lassen darf. Juristen müssen das Recht anwenden und nicht anderen gefallen oder gar jedem gerecht werden. Im Gegensatz zu einem normalen Bürger,³³³ besteht ein wesentlicher Teil unserer professionellen Verantwortung darin, dem geltenden Recht zu einer optimalen Geltung zu verhelfen. Mir geht es hier jedoch darum, in aller Deutlichkeit darauf hinzuweisen, dass man als Rechtsanwender, sich nicht der Menschlichkeit verweigern, sich nicht hinter gesetzlichen Regelung verstecken und nicht stets den Weg des geringsten Widerstands wählen darf. Auch »andere«, also kreative und pragmatische Lösungen müssen rechtlich begründet werden können, denn auch für diese Lösungen muss man sich innerhalb der Institution des Rechts *als* Rechtsanwender rechtfertigen können.

Kann man so etwas im Rahmen einer rechtswissenschaftlichen Dissertation schreiben? Darf ich so etwas schreiben, wenn ich Teil der Rechtspflege sein will? Darf ich so denken, als jemand, der die Befähigung zum Richteramt hat? Ich bin der Ansicht, dass ich so etwas schreiben *muss*, wenn ich mir darüber Gedanken mache, zu welchem Zweck und unter welchen Voraussetzungen ich meine Tätigkeit als Rechtsanwender ausüben muss und will. An der Menschlichkeit des Rechts gibt es nichts zu rütteln, und gerade wir in Deutschland müssen nicht weit zurückdenken, um historische Beispiele dafür zu finden, welche Auswirkungen ein *unmenschliches* Recht haben kann. Dass dieses Recht sich nicht von selbst entfaltet, sondern von Menschen in Wort, Tat und bis zum Tode umgesetzt wurde, liegt auf der Hand. Daher bedarf es stets eines offenen Umgangs mit dem Umstand, dass Rechtsanwendung eben auch eine Tätigkeit *von* Menschen *für* Menschen ist. Lassen wir diesen Umstand unter den Tisch fallen, ist es für einen »Führer« um vieles

³³³ So etwa wie in dem beliebten Beispiel des Radfahrers, der auf die Vorfahrt besteht, die ihm ein Autofahrer offensichtlich nehmen wird. Mit dem Gedanken, dass er ja Recht habe, fährt er schließlich in die Kreuzung ein und das Unheil nimmt seinen Lauf. Wir wissen, wie diese Anekdote endet: Auf seinem Grabstein steht: »Hier liegt einer, der hatte Recht«.

leichter, die menschliche Verantwortung der Organe der Rechtsanwendung für unbedeutend zu erklären und gleichzeitig für die Organe der Rechtspflege einfacher, sich hinter einem formalen Regelwerk zu verstecken und menschliche Verantwortung von sich zu weisen.

Im Hinblick auf die vorangegangenen Ausführungen kann man also durchaus sagen, dass praktische Rechtsanwendung auch eine Form der *Fürsorge* ist. Allerdings ist die praktische Rechtsanwendung genauso wenig ausschließlich Fürsorgeleistung wie sie auch nicht ausschließlich Dienstleistung ist. Wenn ich von menschlicher und/oder *guter* Rechtsanwendung schreibe, meine ich damit nicht, dass wir immer an das Gute im Menschen glauben sollten. Oftmals erfordert praktische Rechtsanwendung auch klare Worte und Härte. Als Rechtsanwender muss sich daher nicht nur eine Vorstellung davon machen, wie labil und aussichtslos die Situation anderer sein kann, sondern auch wie boshaft, rücksichtslos und abgestumpft Menschen denken und handeln können. Andernfalls kann man derartigem Verhalten nicht angemessen begegnen. Auch das ist ein wichtiger Aspekt der Menschlichkeit der Rechtsanwendung.

Begreife ich Rechtsanwendung ausschließlich als ein objektives Verfahren, welches so effektiv und effizient wie möglich angewendet werden muss, kann ich nicht artikulieren, dass es in bestimmten Situationen auch einer *kreativen, menschlichen* Lösung bedarf. Das ist dem Umstand geschuldet, dass dieser Denkweise zufolge, juristische Probleme mit der technisch sauberen Anwendung des Gesetzes gelöst werden. Wir haben ein Regelwerk, einen Rechtsgewährleistungsanspruch, Zweifelsfallregelungen und schließlich die Gewaltenteilung, welche die Beseitigung von Systemfehlern der Institution des Rechts in die Verantwortung der Politik legt. In systematischer Hinsicht, kann es keine Nichtfunktionieren dieses Verfahrens geben. Diese Denkweise hat, wie bereit festgestellt, ihre Berechtigung, ihre Vorteile und einen bestimmten Sinn und Zweck, doch, wie ebenfalls bereits angemerkt, kann und darf ihr keine absolute Geltung zukommen. Wenn ich schreibe, der Rechtsanwender darf nicht »auf das Recht pochen«, heißt das nicht, dass die Gesetzesbindung zu verachten und die Gewaltenteilung Unfug sei, sondern dass es Situatio-

nen gibt, in denen die Menschlichkeit der Rechtsanwendung es erfordert, dass wir nach *rechtlich akzeptablen* Lösungen suchen, in denen wir sowohl unser Gesicht als Rechtsanwender als auch unser Gesicht als Mensch wahren können. Diesen Situationen werden wir uns bewusst, wenn wir unsere Tätigkeit der praktischen Rechtsanwendung als die subjektive Erfahrung eines besonderen Geschehen betrachten, welches insbesondere durch den Umgang mit Menschen geprägt wird. Diese Geschehen umfasst Schicksale, Katastrophen, Banales, Peinliches, PerverSES, Freud, Leid, Zweifel, Überforderung, Unglaube, Ärger, Überraschung. Es ist regelmäßig derartiges, was wir in Erinnerung behalten und eher selten die vermeintlich perfekte rechtliche Prüfung. Aus dieser Sicht leuchtet es ein, dass ich im Angesichte eines anderen, mehr leisten muss, als Subsumtion, Auslegung und Bestimmung der Rechtsfolge. Diese Sichtweise hat keine Anarchie zur Folge, denn wir müssen unsere Entscheidungen auch in der Institution des Rechts rechtfertigen können (*als* Rechtsanwender). Schließlich müssen wir ja auch *andere* Rechtsanwender von unseren Ausführungen überzeugen. Der eindeutige Gesetzeswortlaut und die systematisch tadellose dogmatische Herleitung sind dabei äußerst starke Begründungsmuster für eine Entscheidung, jedoch – und das ist der springende Punkt – nicht die *einzig* wahren. Auch für Erwägungen der qualitativen Humanität im Sinne Lenks muss in der praktischen Rechtsanwendung Raum bleiben. Die Hürde ist hoch, doch ist es prinzipiell nicht ausgeschlossen, das Regelwerk im Lichte einer konkreten Humanität zu interpretieren *und* anzuwenden. Günter Hirsch sagte hierzu in einem Gespräch zur Unterscheidung zwischen Rechtsfindung und Rechtsschöpfung:

Juristisch saubere, methodengerechte Arbeit einerseits und Empathie andererseits sind keine Gegensätze, vielmehr sind Fairness, Transparenz und – wo angezeigt – auch menschliches Verständnis nicht nur formal zu erfüllende Anforderungen an die richterliche Rechtsfindung, sondern Voraussetzung dafür, dass die Entscheidung der Tat, dem Täter, dem Opfer und der Gesellschaft wirklich gerecht wird.³³⁴

³³⁴ Hirsch/Gerhardt, ZRP 2013, 188 (189).

DOCH WO ZIEHEN wir die Grenze? Ist es nicht von Vorteil, sich auf ein striktes Regelwerk verlassen zu können, gerade weil wir menschlich sind und daher zu Fehlern und Vorurteilen neigen? Sollten wir nicht nach einem perfekten Recht streben, oder zumindest so tun, als sei unser Recht perfekt? Wenn wir davon ausgehen, dass die Interpretations- und Abwägungsmöglichkeiten, die dem Recht eingeschrieben sind, ausreichen, dann ist meine Ansicht, dass die strikte Gesetzesanwendung unter Umstände in menschlicher Hinsicht in Frage zu stellen sei, nicht mehr haltbar. Ein perfektes Recht, wäre auch ein menschliches Recht und müsste daher bei seiner Anwendung diesbezüglich nicht hinterfragt werden. Ein solches, perfektes Recht würde sogar seine Ausnahmen abschließend regeln, es nähme die Ausübung der Menschlichkeit vorweg – nein, es würde seine Ausübung *von selbst* menschlich machen.

Abgesehen von dem Umstand, dass ein derartiges perfektes Recht wohl systemlogisch nicht denkbar sein mag³³⁵, bin ich der Auffassung, dass wir kein perfektes Recht brauchen und nicht nach ihm streben müssen. Die Möglichkeit des Nichtfunktionierens des Rechts ist meiner Ansicht nach essenziell wichtig für den Bestand der Institution des Rechts. Soziale Regelwerke dürfen nicht perfekt sein, sie müssen in gewissem Ausmaße verletzt werden können.³³⁶ Nur so kann sich das Recht an die Lebenswirklichkeit anpassen, nur so kann sich eine Gesellschaft fortentwickeln, denn ein perfektes Regelwerk würde sämtliches Nachdenken darüber, was *richtig, falsch, gut* oder *schlecht* ist, obsolet ma-

³³⁵ Man kann schlechthin keine Metaregeln in ein Regelwerk implementieren, die selbst Ausnahmen des Regelwerks *abschließend* regeln. Günther Ortman erklärt verständlich warum dies nicht funktionieren kann: »Keine Regel, wie wir spätestens von Wittgenstein gelernt haben, kann noch ihre eigenen Anwendungsbedingungen regeln. Der Versuch, einen Rahmen oder Bedingungen oder Zwecke oder Funktionserfordernisse für Regelverletzungen durch Metaregeln zu definieren, führt in einen infiniten Regress. Dass dies keine exaltierte und müßige Gedankenspielerei ist, sondern alles rule following es mit einer inhärenten Paradoxalität zu tun hat, wird allerdings im Alltag selten auffällig. Es wird überdeckt vom normalen Funktionieren - und vom Schweigen stillschweigen - der Toleranz gegenüber Regelverletzungen, solange alles gut geht. Störend und verstörend fordert es jedoch seinen Preis, wenn es mit diesem Funktionieren hapert oder ein Ende hat.«; Ortman, Berliner Debatte Initial, Band 15 (2004), 18 (19).

³³⁶ Ortman, a. a. O., 18 (20).

chen.³³⁷ Wirtschaftlicher, kultureller, wissenschaftlicher und vor allem technologischer Fortschritt führen zu neuen Handlungsmöglichkeiten und neuen Perspektiven auf die Welt und das Menschsein. Dabei handelt es sich um Entwicklungen, die sich nicht vorhersagen lassen. Das Internet ist ein viel bemühtes aber auch sehr greifbares Beispiel; E-Mails, Instant-Messaging und Social-Networking, das Rauf- und Runterladen von Dateiinhalten, das File-Sharing, das Onlinestreaming, das Online-Banking, das Online-Mobbing, der eigene Tod und das Online-Profil etc. Ich bin kein Proklamateur digitaler Revolutionen, doch lässt es sich nicht leugnen, dass es wir in den letzten 15 oder 20 Jahren eine technologische und kulturelle Entwicklung beobachten durften, welche die Institution des Rechts mehr als nur einmal in Frage gestellt hat (»zu langsam«, »zu alt«, »zu formal«, »nicht mehr zeitgemäß«, »nicht zukunftsfähig«, »begrenzt« usw.). Doch das Recht hat sich bis dato bewährt, denn immer wenn soziale Abläufe nicht reibungslos vonstattengehen, immer wenn es zu wahrnehmbare Konflikte kommt, mit denen sich soziale Akteure identifizieren können, werden wir durch die Ungenauigkeit des Rechts auf besondere Weise dazu angeregt, zu prüfen, zu hinterfragen, zu verhandeln, zu berücksichtigen, zu erkennen, anzuerkennen und anzupassen. Dies ist uns nur dann möglich, wenn wir (zumindest) stillschweigend akzeptieren, dass das Recht nicht perfekt sein kann. Gut ist besser als perfekt;³³⁸ ebenso wie wir Menschen nicht perfekt sein können, kann und soll es auch die menschliche Institution des Rechts nicht sein.

An dieser Stelle begegnet uns erneut das Thema der Gleichzeitigkeit: Man muss das Recht in gewisser Weise *sowohl* als absolut bindend und abschließend regelnd *als auch* als nicht funktionierend ansehen, damit eine *menschliche* Rechtsanwendung möglich bleibt. Der Rechtsanwender muss diese extremen Standpunkte seiner Tätigkeit *gleichzeitig* zu Grunde legen, denn so wird gewährleistet, dass heterogene und Reaktionen und Präferenzen bewahrt werden, die unter gewissen Umstände eine angemessene, menschliche und *gute* Lösung hervorbringen werden.³³⁹ Grundsätzlich müssen wir von der Geschlossenheit und Widerspruchs-

³³⁷ Morozov, To Save Everything, Click Here, London 2013, S. XIV, 116, 123, 136.

³³⁸ Hierbei handelt es sich um das Leitmotiv von Morozov, a. a. O.

³³⁹ Vgl. Weick, Der Prozeß des Organisierens, 1995, S. 312 ff. (siehe insb. S. 314) und hier im Text die Ausführungen zur Gleichzeitigkeit auf S. 126 ff.

freiheit des Rechtssystems ausgehen und daran glauben, dass wir durch peinlich genaue Gesetzesanwendung eine *gute* Lösung finden werden. Gleichzeitig dürfen wir aber auch nicht den Mut verlieren, wenn wir im Zuge einer Auseinandersetzung mit der Lebenswirklichkeit und anderen Menschen merken, dass uns das Recht *von sich aus* keine *gute* Lösung im Einzelfall liefern wird, sondern dass wir in irgendeiner Art und Weise »Farbe bekennen« müssen. Entscheidend ist, dass man diese Ambivalenz bewusst *erlebt*, sich ihrer annimmt und sie nicht einfach beiseite schiebt. Entscheidend ist, zur rechten Zeit, die angemessene Begründung liefern zu können, eine Begründung, in der sich die Betroffenen als Menschen wiederfinden können und welche die Institution des Rechts nicht in Frage stellt.

Festzuhalten ist, dass das Recht nur als menschliche Praxis existieren kann; menschlich ist und bleibt es jedoch nur, wenn wir es durch die praktische Rechtsanwendung dazu machen.

Rechtsanwendung als zwischenmenschliche Kommunikation

Die Menschlichkeit ist eine Rahmenbedingung der praktischen Rechtsanwendung, die sich nicht nur in dem Umstand äußert, dass wir es mit besonderen *Machtverhältnissen* zu tun haben, die wiederum zu einer besonderen, auch menschlichen *Verantwortung* des Rechtsanwenders führen. Wenn wir darüber nachdenken, inwiefern Menschen von unserem Wirken betroffen werden, lässt sich noch ein weiterer Aspekt generalisieren: Rechtsanwendung ist auf zwischenmenschlichen Kommunikation angewiesen. Anders ausgedrückt: Was im Einzelfall Recht sein soll, muss auch kommuniziert werden.³⁴⁰

³⁴⁰ Diesem Satz soll nicht *zu viel* Bedeutung zugemessen werden. Sobald man liest, »Recht ist Kommunikation« werden unmittelbar eine Vielzahl an Assoziationen geweckt. Rechtssoziologen mögen etwa an Niklas Luhmann denken: »Das Rechtssystem operiert also in der Form der Kommunikation im Schutz von Grenzen, die durch die Gesellschaft gezogen sind.«, *Luhmann, Das Recht der Gesellschaft*, 1995, S. 35. Rechtstheoretiker werden eher dazu neigen, kommunikations- und sprachwissenschaftliche Erkenntnisse fruchtbar zu machen, wie etwa *Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre*, 3. Aufl. (2008), S. 17 ff. Man kann auch noch weiter gehen. Sabine Müller-Mall etwa hat eine umfassende Untersuchung zu der Frage vorgelegt, wie sich Rechtserzeugung als Vorgang in der Sprache beschreiben

Wir haben festgestellt, dass die einzelne praktische Rechtsanwendung ihren Abschluss in der Entäußerung findet, also dann, wenn sie auf den Weg zu dem jeweiligen Adressaten gebracht wird; unsere praktische Rechtsanwendung wird keine Auswirkungen in der Lebenswirklichkeit haben können, sofern sie nicht in irgendeiner Form vermittelt wird. Der Schriftsatz der nicht abgesendet wird, das Urteil, das nicht die Schublade des richterlichen Schreibtisches verlässt, das Mandantenschreiben, welches den Mandanten nicht übergeben wird – all diese Erzeugnisse können nicht ihren Sinn und Zweck erfüllen. Gäbe es praktische Rechtsanwendung ohne Adressaten, entfielen auch das Erfordernis, sie zu begründen. Anhand dieser Absurdität wird deutlich, dass praktische Rechtsanwendung nicht nur zur bloßen Bezeichnung von Rechtsfolgen erfolgen kann, sondern insbesondere dazu dient, Gründe für die intendierte Verhaltenspflichten zu geben. Wir haben bereits festgestellt, dass praktische Rechtsanwendung immer *für* andere erfolgt und daher muss sie auch immer irgendeine Form der Begründung enthalten, sei es auch nur die Feststellung, dass die Voraussetzung einer bestimmten Rechtsnorm offensichtlich erfüllt sind.

Mit der Entäußerung des Ergebnisses unserer Rechtsanwendung wollen wir anderen etwas *zeigen*, andere von etwas *überzeugen* und andere zu einem bestimmten Verhalten *bewegen*. Nähert man sich der praktischen Rechtsanwendung unter diesem Gesichtspunkt an, kommt es nicht primär auf eine technisch saubere, methodisch einwandfreie rechtlichen Prüfung an, sondern vor allem darauf, dass man die an dem Geschehen Beteiligten *versteht* und auch von ihnen *verstanden* wird. Der Schriftsatz, aus welchem weder die Gegenseite noch der Richter schließen kann, auf welcher tatsächlichen und rechtliche Grundlage der vermeintliche Anspruch gestützt werden soll; das Urteil, welches bei der unterlegenen Partei nur das Gefühl hinterlässt, gar nicht wirklich am Verfahren teilgenommen zu haben; das Mandantenschreiben, welches dem Mandanten *nichts* sagt – all diese Erzeugnisse können nicht ihren Sinn und Zweck erfüllen. Man muss daher berücksichtigen, dass zwi-

lässt; siehe Müller-Mall, Performative Rechtserzeugung, 2012. Doch ich will hier gerade nicht ins Detail gehen. Meiner Ansicht nach muss man anderen Menschen etwas zeigen, um Recht praktischen anzuwenden. Mehr soll hier nicht dahinter stecken.

schenmenschliche Kommunikation ein kooperatives Unternehmen³⁴¹ ist, welches durch unterschiedliche Wahrnehmungs- und Wissenshorizonte geprägt wird. Eine weitestgehend reibungslose Kommunikation ist von der Fähigkeit abhängig, das auszubilden, was Michael Tomasello einen »gemeinsamen begrifflichen Hintergrund« nennt, nämlich gemeinsame Aufmerksamkeit, geteilte Erfahrung und wechselseitig geteiltes Wissen.³⁴² Einen solchen gemeinsamen begrifflichen Hintergrund zu bilden, wird immer dann erschwert, wenn wir uns auf professioneller Ebene auch mit Laien auseinandersetzen müssen, denn hier ist das geteilte (rechtliche) Wissen nicht besonders groß. Beispielsweise ist die Unterscheidung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft eine rechtliche Konstruktion, die der Rechtsanwalt zwar nicht dem Richter, jedoch seinem Mandanten erklären muss, wenn er letzterem vermitteln möchte, warum er nicht schon mit Abschluss des Kaufvertrages Eigentum an der Kaufsache erlangt hat. Die Rechtsberatung wird in diesem Fall ihren Zweck verfehlen und den Mandanten ratlos zurücklassen, wenn es dem Rechtsanwalt nicht gelingt, einen gemeinsamen begrifflichen Hintergrund mit dem Mandanten aufzubauen und ihm *verständlich* zu machen, was die Rechtslage ist und welche Konsequenzen sich hieraus ergeben. Nun ist praktische Rechtsanwendung nicht ausschließlich an juristische Laien adressiert. Gleichwohl bestehen die Probleme der zwischenmenschlichen Kommunikation auch in den professionellen Verhältnissen. Stellen wir uns etwa den Berichterstatter einer Strafkammer vor, welcher den übrigen Richtern einen Entscheidungsvorschlag vortragen soll. Sein Vorschlag mag methodisch und dogmatisch auf dem allerhöchsten Niveau anzusiedeln sein, verfehlt jedoch seinen Sinn und Zweck, wenn er ihn seinen Kollegen nicht verständlich aufbereitet und vermittelt. Diese sollen nämlich *nachvollziehen* können, was die rechtlichen und tatsächlichen Probleme des Einzelfalls sind und so zu einer *eigenen* Ansicht gelangen. Der juristische Sinngehalt, welchen der Berichterstatter hat kommunizieren wollen, mag zutreffend gewesen sein, doch

³⁴¹ Tomasello, Die Ursprünge der menschlichen Kommunikation, 3. Aufl. (2014), S. 15.

³⁴² Ebd. Hier finden sich Erläuterungen zum Konzept »common ground«, welches häufig Tomasello zugeschrieben wird. Er selbst weist aber daraufhin, es von Herbert Clark übernommen zu haben. Zur Typologie des gemeinsamen Hintergrundes siehe Tomasello, a. a. O., S. 89 ff.

kann dieser Gehalt nicht ohne Form kommuniziert werden, und die Form wiederum wirkt auf den Gehalt zurück:³⁴³ *Wie ich etwas sage oder schreibe, wirkt sich auf das aus, was ich sage oder schreibe.* Es gibt keinen Inhalt ohne Form.³⁴⁴ Es mag Inhalte geben, die sich auch in verschiedensten Ausdrucksformen präzise vermitteln lassen, doch kann man daraus nicht schließen, es läge ein formloser Inhalt (zu Neudeutsch: »content«) vor, den wir unabhängig von Ausdruck und Form kommunizieren können.³⁴⁵ Es ist ein feiner, aber entscheidender Unterschied, ob man davon ausgeht, ein Kommunikationsproblem sei prinzipiell ausgeschlossen oder ein solches läge im Einzelfall nicht vor. Der Berichterstatter jedenfalls darf zwar darauf hoffen, dass sich die Kammermitglieder Mühe geben werden, ihn zu verstehen, allerdings liegt es in seinem Verantwortungsbereich, dass er sich verständlich ausdrückt, immerhin will er den anderen seine Sicht der Dinge vermitteln. Er darf jedenfalls nicht davon ausgehen, dass sich der von ihm ermittelte, quasi archetypische rechtliche Sinngehalt den anderen Richtern von selbst erschließe.

Tomasello geht davon aus, dass Kommunikation auf einem Zusammenwirken der Kommunizierenden beruht und spricht in diesem Zusammenhang von einer »kooperativen Infrastruktur der menschlichen Kommunikation«³⁴⁶. Möchte ich anderen den Sinninhalt meiner praktischen Rechtsanwendung vermitteln, sollte ich folglich mit ihnen zusammenarbeiten. Dazu muss ich mir darüber Gedanken machen, wel-

³⁴³ *Shahn*, *The Shape of Content*, 1972, S. 53; zur Gestalt der Kunst: »Form is the very shape of content«. Die Aussage, dass die Form wiederum auf den Gehalt zurückwirkt, ändert nichts an meiner Ansicht, dass der Gedanken dem Ausdruck, also der Form, vorangehen sollte, siehe hier S. 121. Ich brauche erst etwas, was in Form gebracht werden kann, um erkennen zu können, um was es sich handeln könnte. Die Form hilft mir dann dabei zu verstehen und zu präzisieren, was ich schlussendlich mitteilen will. Entscheidend ist, dass meine Verwendung des Begriffes »Form« an dieser Stelle nicht auf »Stilform« reduziert ist, sondern sich auf die Gestalt unserer Äußerung als Ganze bezieht (≈ Ausdrucksform), gleich, ob diese Äußerung nun mündlich oder schriftlich erfolgt.

³⁴⁴ Ebd.

³⁴⁵ Diesem Umstand muss heutzutage ein besonderes Augenmerk geschenkt werden. Dort wo Inhalte in flüchtige, digitale Hypertext-Strukturen eingefasst werden, begegnet man der Erfahrung des Unsteten, des Nichtfeststehenden damit, dass man davon ausgeht, es gäbe einen Inhalt, der losgelöst von Form und Sinnzusammenhang existiere. Hierzu sehr kritisch: *Jochum*, *Medienkörper*, 2014, S. 43 ff.

³⁴⁶ *Tomasello*, *Die Ursprünge der menschlichen Kommunikation*, 3. Aufl. (2014), S. 18.

chen gemeinsamen begrifflichen Hintergrund ich bei meinen Adressaten voraussetzen kann und was es eventuell bedarf, einen ausreichenden Hintergrund herzustellen. Ich muss mich in gewisser Hinsicht in sie hineinversetzen können und meinen ermittelten Sinngehalt aus ihrem Verständnis heraus interpretieren. So kann ich verhindern, zu vergessen, dass manche nicht wissen, was ich weiß und dass manche die Dinge anders verstehen, als ich es tue. Eine wesentliche Erfahrung und Teil des besonderen Geschehens der Rechtsanwendung sind die Phänomene Miss- und Unverständnis, welche häufig ihre Ursache in unterschiedlichen begrifflichen Hintergründen der kommunizierenden Menschen haben.

Tomasello weist auf eine weitere Eigenart der menschlichen Kommunikation hin:

Wenn Menschen miteinander kommunizieren, versucht der Kommunizierende effizient zu sein, indem er so wenig wie möglich sagt, um die Botschaft zu übermitteln. Der Empfänger ist natürlich daran interessiert, genügend Information zu erhalten, um die Botschaft zu verstehen. Er stützt sich auf diese Informationen sowie auf den gemeinsamen Hintergrund, den er mit dem Kommunizierenden teilt. [...] In besonderen Zusammenhängen, in denen Menschen über einen ausgeprägten gemeinsamen Hintergrund verfügen – wie zum Beispiel eine Zahnärztin und ihre Assistentin, die jahrelang zusammengearbeitet haben –, entsteht eine Art von abgekürztem Kode, in dem die Beteiligten schnell und effizient kommunizieren, indem sie ihre wechselseitige Erfahrung nutzen, um vieles ungesagt zu lassen. [...] Die tatsächlich produzierten Äußerungen sind um so reduzierter, in der Form, je größer der gemeinsame Hintergrund und die Vorhersagbarkeit zwischen den [Kommunizierenden] ist. [Sie] automatisieren und reduzieren also bestimmte Äußerungen und Phrasen innerhalb von Äußerungen aus Gründen der Effizienz – innerhalb der Grenzen der Verständnisfähigkeit des Empfängers.³⁴⁷

Reibungslos zu kommunizieren ist demnach immer eine Gratwanderung zwischen zu viel und zu wenig an Information. Wichtig ist, dass es immer auf den jeweiligen Kommunikationspartner ankommt, was zu viel und was zu wenig ist. Diese scheinbar triviale Feststellung führt uns zu der wohl wichtigsten Unterteilung der Arbeitsweisen des praktischen Rechtsanwenders: Wollen wir unsere Arbeitsweise besser verstehen und

³⁴⁷ Tomasello, Die Ursprünge der menschlichen Kommunikation, 3. Aufl. (2014), S. 320 f.

einer idealen Vorgehensweise annähern, dann müssen wir zwischen Arbeitsweisen und Sichtweisen zur Her- und solchen zur Darstellung der rechtlichen Lösung unterscheiden. Die Wichtigkeit dieser Differenzierung kann ich gar nicht genug betonen. Begreifen wir Rechtsanwendung als ein objektives und schematisiertes Verfahren, ist die Darstellung der Lösung bloße »Formsache«. Dieser Umstand führt uns zur Rhetorik, eine Lehre, die sich damit auseinandersetzt, wie ich die Fähigkeit erlange, »das Überzeugende, das jeder Sache innewohnt, zu erkennen«.³⁴⁸ Der Rhetorik wird in der beruflichen Praxis trotz ernsthafter rechtswissenschaftlicher Bemühungen immer noch mit Schönrednerei assoziiert, eine »soft-skill«, die hilfreich sein kann, aber nicht unerlässlich für denjenigen ist, der die »juristische Wahrheit« in seinem Einzelfall gefunden haben will. Diese Sicht auf die Rhetorik geht zurück bis auf Sokrates und Plato, welche scharfe Kritik an einer Lehre übten, die einen Redner dazu befähigen sollte, auf beiden Seiten eines Konfliktes für die Wahrheit zu streiten.³⁴⁹ Die Wahrheit wurde aus ihrer Sicht durch die Rhetorik *verschleiert* und nicht zu Tage gefördert. Nun wissen wir insbesondere in der praktischen Rechtsanwendung um die Schwierigkeiten im Auffinden einer »objektiven Wahrheit« und wir hatten uns bereits mit dem Umstand auseinandergesetzt, dass sich Fragen der praktischen Rechtsanwendung häufig nicht mit »wahr« oder »unwahr« beantworten lassen, sondern mit »angemessen« oder »unangemessen«. Wenn wir davon ausgehen, dass es keinen Inhalt unabhängig von seiner Form gibt, folgt daraus auch, dass die Form auf die Angemessenheit einer Lösung zurückwirkt. Eine angemessene Form macht unsere Äußerung somit ein Stück weit annehmbarer – hier sollte deutlich werden, warum man sich nicht darüber Gedanken machen sollte, *was* man kommuniziert, sondern auch darüber, *wie* man es kommuniziert.

Nun zurück zur eigenständigen Bedeutung der Darstellung der rechtlichen Lösung: Die Darstellung der rechtlichen Lösung erschöpft sich nicht bloß psychologischen Tricks zur Verwirrung oder Verführung des Adressaten. Dass es sich bei ihr um eine besonderen und essenziellen

³⁴⁸ Aristoteles, Rhetorik, 2007, Erstes Buch 2. (1)., S. 11.

³⁴⁹ Einen kurzen und prägnanten Überblick zur Geschichte der Rhetorik findet man nirgends so schön wie bei Robbins-Tiscione, Rhetoric for Legal Writers, 2009, S. 9 ff.; alternativ: Walter, Kleine Rhetorikschule für Juristen, 2009, S. 12 ff.

Teil der praktischen Rechtsanwendung handelt, beruht darauf, dass die zwischenmenschliche Kommunikation als Teil der praktischen Rechtsanwendung so reibungslos wie möglich von statten gehen sollte. Dazu gehören nicht nur eine »Gebrauchsrhetorik«³⁵⁰ sondern auch typografische Erwägungen, wie etwa die Wahl der Schriftart und des Schriftsatzes für einen juristischen Text ...

Es bleibt festzuhalten, dass das besondere Geschehen der praktischen Rechtsanwendung auf zwischenmenschlicher Kommunikation aufbaut; es geht darum andere Menschen zu verstehen und sich selbst mitzuteilen. So mag man zwar »das Gericht«, »die Kammer« oder »der Unterzeichner« anstelle von »ich« setzen; man kann sich auf »das Gesetz« beziehen, »die ständige Rechtsprechung« anführen oder »die herrschende Meinung« zitieren; man bezeichnet andere als »den Kläger«, »die Angeklagte« oder »die Gegenseite«. Doch es bleibt dabei, dass es immer Menschen sind, die über andere Menschen schreiben, andere Menschen beeinflussen wollen und schließlich über andere Menschen urteilen.

Der Umstand, dass nicht der Text von sich aus etwas mitteilt, sondern es immer Menschen sind, die anderen Menschen mit einem Text etwas mitteilen wollen, führt uns zu dem letzten Aspekt, den ich in dieser Arbeit mit der Rahmenbedingung der Menschlichkeit verknüpfen möchte: Wenn Rechtsanwendung von Menschen erfolgt, dann folgt daraus, dass zwangsläufig Fehler gemacht werden.

Alle machen Fehler

Fehler, Irrtümer, Missverständnisse etc. In diesem Abschnitt soll es darum gehen, dass es in der praktischen Rechtsanwendung nicht immer so läuft, wie es eigentlich laufen müsste oder zumindest könnte. Ich will mich davor hüten hier Erkenntnistheorie zu betreiben, denn von dieser habe ich, wenn überhaupt, nur oberflächliche Kenntnis. Das fängt schon damit an, dass es ein schwieriges Unterfangen ist, einen Fehlerbegriff zu definieren. Was ist eigentlich ein Fehler? Wer macht ihn? Was ist, wenn

³⁵⁰ So bezeichnet Tonio Walter den populären Teil der Rhetorik, der meist in Rhetorikseminaren für Manager, Politiker und Verkäufern vermittelt wird. Vgl. Walter, Kleine Rhetorikschule für Juristen, 2009, S. 48 f.

ein solcher Fehler berichtigt wird? Ist es dann immer noch ein Fehler? Ist der bewusste Regelverstoß ein Fehler? Was ist ein Irrtum?

Jede dieser Fragen ist für sich genommen einen philosophischen Diskurs wert; jedoch nicht an dieser Stelle. Es reicht für unsere Zwecke aus, dass wir uns darauf einigen, dass Fehler, Irrtümer, Missverständnisse etc. im Ergebnis dazu führen, dass ein Verhalten, eine Annahme oder eine Aussage eines Individuums oder eines Kollektivs sich *im Nachhinein* als unzutreffend beziehungsweise falsch erweist. Dabei soll hier das Konzept »objektive Wahrheit« keine Rolle spielen. Vielmehr geht es darum, dass nachträglich Erklärungen und/oder Gründe wahrnehmbar werden, die das ursprüngliche Verhalten oder die ursprüngliche Aussage als verfehlt, unkorrekt oder regelwidrig erscheinen lassen. Fehler, Irrtümer, Missverständnisse beinhalten nach diesem Verständnis ein Element der Entdeckung.³⁵¹ Kurz und vereinfacht: Es stellt sich heraus, dass etwas nicht stimmt.

Es ist dieses Empfinden (»hier stimmt doch etwas nicht«), das uns darauf hinweist, dass wir die Situation reevaluieren, ändern, anpassen, berichtigen, rechtfertigen oder entschuldigen müssen. Meiner Ansicht nach ist dieses Empfinden ein wichtiger Teil unserer Erfahrung der praktischen Rechtsanwendung. Daher will ich an dieser Stelle ein Bewusstsein dafür wecken, dass unsere Tätigkeit regelmäßig nicht ohne dieses Empfinden erfolgen kann. Man kann nicht über die praktische Rechtsanwendung reflektieren, ohne sich die Bedeutung von Fehlern, Irrtümern und Missverständnissen bewusst gemacht zu haben.

Praktische Rechtsanwendung verläuft in realiter nicht als geradliniger oder gestufter Prozess. Beschreiben wir Rechtsanwendung jedoch als objektives, gerichtetes Verfahren der Problemlösung, bewegt sich der Rechtsanwender zwischen Sachverhalt und Gesetz hin und her und setzt Schritt für Schritt seine Lösung zusammen. Dabei geht es stets voran

³⁵¹ Entnommen aus Schulz, *Being Wrong*, 2010, S. 17; wobei es sich hierbei um eine populärwissenschaftliche Darstellung handelt; sicherlich wird es eine Vielzahl an philosophischen Abhandlungen über diesen Aspekt geben, denen weitaus mehr Gewicht als Schulz zukommen mag. Ich hielt ihre Darstellung allerdings für plausibel und somit auch für zitierwürdig.

und die Richtigkeit der Lösung nimmt beständig zu. Aus dieser Sicht ist es nicht nur die dargestellte, entäußerte Lösung, welche widerspruchsfrei und folgerichtig daherkommt. Darüber hinaus wird auch der Weg zu dem Ergebnis im Nachhinein selbst als ein *gerichteter* Prozess, als ein stetes Anwachsens einer zutreffenden, widerspruchsfreien Lösung verstanden. In diesem Denksystem sind Fehler zwar nicht ausgeschlossen, allerdings sind sie nicht Bestandteil der praktischen Rechtsanwendung, sondern lediglich eine Abweichung vom Normalen. Doch was, wenn wir Fehler, Irrtümer und Missverständnisse als einen normale und wichtige Phänomene unserer Tätigkeit begreifen?

Eine übliche Reaktion auf die Erkenntnis einen Fehler gemacht zu haben, ist, sich selbst und andere darauf hinzuweisen, dass man ja auch *nur ein Mensch* sei.³⁵² Errare humanum est – Irren ist menschlich. Mit dem Menschsein geht einher, Fehler zu machen, falsch zu liegen und Dinge misszuverstehen. Ich brauche keine kognitiv-psychologischen oder soziologischen Studien anzuführen, um diese *Tatsache* zu belegen. Ich will es vielmehr dabei belassen John Dewey zu zitieren:

A being that cannot understand at all is at least protected from misunderstandings. But beings that get knowledge by means of inferring and interpreting, by judging what things signify in relation to one another, are constantly exposed to the danger of *mis*-apprehension, *mis*-understanding, *mis*-taking – taking a thing amiss.³⁵³

Doch so selbstverständlich es ist, dass *alle* Fehler machen, ist es doch erstaunlich, wie schwer uns der Umgang mit diesem Faktum fällt. Insbesondere dann, wenn wir uns in einem professionellen Kontext bewegen. Dies mag dem Umstand geschuldet sein, dass Fehler *von* jemandem zu Nachteilen *für* jemanden führen können und sich dann regelmäßig nicht nur die Frage der Verantwortung sondern auch die der Haftung

³⁵² Schulz, Being Wrong, 2010, S. 6: »If bats are batty and slugs are sluggish, our own species is synonymous with screwing up.«

³⁵³ Dewey, How we Think, reprint 1997 (1st ed., 1910), S. 129. Meine Übersetzung lautet: »Ein Wesen, dass in keinsten Weise verstehen kann, ist vor dem Mis-verstehen gefeit. Doch solche Wesen, die sich Wissen durch Ableitung und Interpretation aneignen können, durch die Beurteilung der Relationen von Dingen, laufen immerzu Gefahr, falsch aufzufassen, zu irren, zu verstehen, daneben zu liegen.« (leider lässt sich Deweys Spiel mit dem Wortzusatz »mis-« nicht adäquat ins Deutsche übersetzen).

stellt. Wer *bezahlt* für einen Fehler? Fehler können teuer werden und kosten nicht einfach nur Geld, sondern auch Vertrauen. Fehler zu machen geht auch mit dem Verlust von Vertrauen einher, was eine Tätigkeit *für* andere Menschen auf Dauer erschwert.

Fehler wollen daher vermieden werden und Fehler zu machen, ist nach unserem professionellen Selbstverständnis mit einem Stigma belegt. Die Schematisierung und Standardisierung der juristischen Problemlösung bringt den wesentlichen Vorteil mit sich, dass sie Fehlerquellen minimiert. Wer sich an ein Verfahren halten kann, wer Checklisten abhaken und Formularvorlagen ausfüllen kann, der gibt sich selbst weniger Gelegenheiten für Fehler und Irrtümer. Doch alle Standardisierung, Schematisierung und Normierung hilft nichts. Rechtsanwender machen Fehler. Rechtsanwender sind nicht perfekt, sie sind Menschen. Auch wenn sie immer ihr Bestes geben, gelingt ihnen ihr Werk mal besser, mal schlechter.

Was können wir unternehmen, um die Qualität unserer Arbeit sicherzustellen? Schließlich verfehlt eine unzutreffende, fehlerhafte und unangemessene Behandlung sozialer Konflikte den Sinn und Zweck der Institution des Rechts. »Errare humanum est« ist kein Freifahrtschein für schlechte praktische Rechtsanwendung. Fehler müssen vermieden werden, Fehler müssen ausgeschlossen werden, oder?

Bevor wir diese Frage beantworten, möchte ich davon ausgehen, dass die Institution des Rechts nicht darauf ausgerichtet ist, menschliche Fehler durch Verfahren, Routinen und Standards gänzlich auszuschließen, sondern vielmehr ihr Auftreten voraussetzt und darauf ausgelegt ist, ihre negativen Folgen zu vermeiden und ihre positiven Effekte nutzbar zu machen. Ein gerichtliches Verfahren ist letztlich auch eine Art *Gruppenprüfung* der Konfliktbehandlung: Der Anwalt wacht über seinen Mandanten, die Anwälte kontrollieren sich gegenseitig und auch die Richter haben sie im Auge; die wiederum prüfen die Eingebungen der Anwälte und überprüfen sich gegenseitig; schließlich kann wird gegebenenfalls in einer weiteren Instanz die Gruppe der »Prüfer« noch erweitert. Die sich so bildende Gruppe um den jeweiligen sozialen Konflikt versucht, *eine* richtige Lösung zu finden. Dabei werden einzelne Einlassungen und Beiträge als unzutreffend oder fehlerhaft erkannt und entsprechend reagiert. Das rechtliche Verfahren dient so gesehen nicht nur dazu, heraus-

zufinden, was Recht sein soll, sondern auch dazu, menschliche Fehler im Laufe des Verfahrens auszumachen und sie weitestgehend zu berichtigen.

Wenn man die juristische Konfliktbehandlung auf diese Weise betrachtet, wird zudem ersichtlich, dass Fehler und Irrtümer auf verschiedenen Ebenen vorkommen und Konsequenzen haben können. Man mag sich das wie eine Art Zoom vorstellen, dessen Perspektive auf den sozialen Konflikt als ganzes gerichtet ist. Zunächst können Fehler und Irrtümer auf der Mikro-Ebene angesiedelt sein, also im Rahmen eines einzelnen Arbeits- oder Denkschrittes, etwa in Form der fehlerhaften Feststellung des entscheidungserheblichen Sachverhaltes durch den erkennenden Richter. Ferner auf der Makro-Ebene der einzelnen entäußerten Rechtsanwendung, beispielsweise eine unzutreffende rechtliche Würdigung im Rahmen eines Urteils, Schriftsatzes oder Gutachtens. Schließlich kann der Fehler auf der Supra-Ebene angesiedelt sein, also den gesamten Vorgang der Konfliktbehandlung betreffen. Ein Beispiel hierfür ist, ein Strafverfahren, das insgesamt auf der irrigen, kollektiven Annahme beruht, das falsche, erfundene Geständnis des Angeklagten wäre zutreffend. In einem solchen Fall kann es vorkommen, dass Strafurteil, Anklageschrift, Einlassungen der Verteidigung und auch das gesamte Ermittlungsverfahren den Fehler perpetuieren und die Konfliktbehandlung insgesamt fehlerhaft machen. Wir sehen, die Möglichkeiten, wo, wie, vom wem und in welcher Kombination Fehler gemacht werden können, sind schier unendlich.

Nehmen wir also an, dass Fehler ein unabdingbares Begleitphänomen der praktischen Rechtsanwendung sind. Doch soll das heißen, dass praktischen Rechtsanwendung zwingend fehlerbehaftet ist, dass es letztlich keine *richtige* praktische Rechtsanwendung geben kann?

Nein, denn zum einen führt ein Fehler in einem einzelnen Arbeitsschritt nicht zwingend zu einem unzutreffenden Ergebnis der Rechtsanwendung insgesamt und weiter führen viele kleine Fehler in den einzelnen Beiträgen und Einlassungen auch nicht zwingend zu einer unzutreffenden Konfliktlösung. Man kann sagen, dass die Behandlung sozialer Konflikte in gesundem Maße fehlertolerant und robust ist. Zum an-

deren haben Fehler, Irrtümer und Missverständnisse nicht ausschließlich negative Konsequenzen. Schließlich eröffnen uns Fehler, *welche wir als solche erkennen*, auch die Möglichkeit, die Dinge aus einer neuen Perspektive zu betrachten, andere Fragen zu stellen zusätzliche Erkenntnisse zu sammeln. Fehler früh genug zu erkennen und Vorgehen und Verhalten an diese Erkenntnisse anzupassen, heißt, sich einer richtigen, guten Lösung anzunähern. Insofern ist praktische Rechtsanwendung der angemessene Umgang mit Fehlern.

Die Frage, ob Fehler vermieden und ausgeschlossen werden müssen, können wir nun also auf differenzierte Art und Weise beantworten. Grundsätzlich müssen die negativen Auswirkungen von Fehlern, Irrtümern und Missverständnissen so gering wie möglich gehalten werden. Allerdings ist dies nur dann möglich, wenn wir akzeptieren, dass Fehler nicht gänzlich vermieden werden können, sondern sogar auf der Mikro- und der Makro-Ebene elementare Phänomene sind, die mit der Herstellung einer zutreffenden rechtlichen Lösung des sozialen Konfliktes einhergehen. Entscheidend ist dann nicht mehr, dass wir unsere Energie darauf verwenden, Fehler um jeden Preis auszuschließen oder gar zu leugnen, sondern, dass wir sie erkennen, uns ihrer bewusst sind und schließlich ihre positiven Effekte nutzen und die negativen Konsequenzen weitestgehend minimieren.

Dazu muss man Fehler als einen wichtigen Bestandteil des besonderen Geschehens der praktischen Rechtsanwendung *verstehen*. Man muss wissen, wie es sich äußert anfühlt, wenn man Fehler macht. *Ein Fehlergefühl lässt sich jedoch nicht vermitteln*. Fehler zu erkennen, kann auf ganz unterschiedliche Weise auf uns wirken. Kathryn Schulz hat es so schön beschrieben:

There is an experience of *realizing* that we are wrong, of course. In fact, there is a stunning diversity of such experiences. As we'll see [...], recognizing our mistakes can be shocking, confusing, funny, embarrassing, traumatic, pleasurable, illuminating, and life-altering, sometimes for ill and sometimes for good. But by definition, there can't be a particular feeling associated with simply *being* wrong. Indeed, the whole reason it's possible to be wrong is that, while it is happening, you are oblivious to it. When you are simply going about your business in a state you will later decide was delusional, you have no idea of it whatsoever. You are like the coyote in the Road Runner cartoons, after he

has gone off the cliff but before he has looked down. Literally in his case and figuratively in yours, you are already in trouble when you feel like you're still on solid ground. So I should revise myself: it does feel like something to be wrong. It feels like being right.³⁵⁴

Wenn wir Fehler bemerken, hat dies den Charakter einer Widerfahrnis, die uns unerwartet trifft.³⁵⁵ Sie sind mit Emotionen und Gefühlen verbunden. Diese Gefühle müssen nicht immer Scham und Furcht sein, sondern können genauso gut mit Überraschung, Freude, Interesse und Stolz einhergehen. Wir sehen, Fehler sind nicht nur in der Hinsicht menschlich, als das wir alle Fehler machen, sondern auch, weil Fehler, Irrtümer und Missverständnisse sich nicht nur in negativen Konsequenzen äußern, sondern Phänomene der menschlichen Erfahrung ausmachen, die unser Dasein ausmachen. Sie können Energie freisetzen, die uns dazu antreibt, es *besser* zu machen. Aus Fehlern kann man lernen, durch Fehler lernt man dazu. Doch das erfordert, dass man sich selbst Fehler ein- und zugestehen kann.

Mir ist bewusst, dass ich hier Gefahr laufe missverstanden zu werden. Professionelle Rechtsanwender, die von einem Fehler zum nächsten stolpern und eine Institution des Rechts, die scheinbar nur annäherungsweise, manchmal gar nur zufällig angemessene Konfliktlösungen

³⁵⁴ Schulz, *Being Wrong*, 2010, S. 18. Meine Übersetzung lautet: »Freilich gibt es eine Erfahrung, die mit der Erkenntnis einhergeht, falsch zu liegen. Tatsächlich tritt diese Erfahrung in kaum fassbaren Vielzahl an Variationen auf. Wie wir sehen werden [...] kann das Bemerken unserer Fehler schockierend, verwirrend, amüsant, peinlich, traumatisch, angenehm, erleuchtend und lebensverändernd wirken, manchmal zum Guten und manchmal zu Schlechtem. Aber per Definitionem kann es kein bestimmtes Gefühl dafür geben falsch zu liegen. Denn der Grund dafür, dass man überhaupt falsch liegen und Fehler machen kann, besteht tatsächlich darin, dass man es nicht bemerkt während es passiert. Wenn man einfach seiner Tätigkeit nachgeht und dabei einer Wahrnehmung unterliegt, die sich im Nachhinein als eine Art Wahnvorstellung herausstellt, hat man im Moment selbst nicht den Eindruck, dass etwas falsch läuft. So geht es einem wie dem Koyoten in den Roadrunner Cartoons, nachdem er über die Klippe hinaus gelaufen ist, aber noch nicht nach unten gesehen hat. Er ist bereits in Schwierigkeiten, bevor er nach unten gesehen hat und so liegen die Dingen bildlich gesehen auch bei einem selbst, wenn man einen Fehler begeht, ihn aber noch bemerkt hat; man meint immer noch festen Boden unter den Füßen zu haben. Daher muss ich mich berichtigen: Es gibt ein Gefühl dafür falsch zu liegen. Es fühlt sich so an, als läge man richtig.«

³⁵⁵ Kern, *Quellen des Wissens*, 2006, S. 11.

hervorbringt und gleichzeitig die Möglichkeit von drastischen Fehlern mit dramatischen Auswirkungen einräumen muss. Das entspricht freilich nicht der Realität. Richtig ist vielmehr, dass die Institution des Rechts – also unser Rechtssystem und die mit ihm verbundene Rechtspflege – sogar sehr gut funktioniert und ich bin der Meinung, dass man die in dieser Institution tätigen Menschen für den überwiegenden Teil ihrer Leistungen nur bewundern kann. Jedoch trifft auch das Bild des reibungslosen Problemlöseverfahrens nicht zu, in den sich nur Fehler einschleichen, wenn »irgendwer seinen Job nicht richtig gemacht hat«. Wenn wir uns darauf einlassen, eine Auswirkung der Rahmenbedingung der Menschlichkeit darin sehen, dass wir nicht ständig und von Anfang an richtig liegen, dann erhalten wir eine neue Sicht, auf Fehler, Irrtümer, Missverständnisse, Zweifel, Unsicherheit etc. Bis zu diesem Zeitpunkt habe ich die wohl entscheidenden individuellen Kontrollmechanismen außen vor gelassen: das Nachdenken, das Gedankenexperiment und den Entwurf. Hier können wir Fehler machen, so viel wir wollen, ohne reale Folgen fürchten zu müssen. Diese intellektuellen Tätigkeiten sind es, die den entscheidenden Teil der individuellen Rechtsanwendung ausmachen. Während der Herstellung der rechtlichen Lösung, tasten wir uns an eine zutreffende und angemessene Lösung heran. Dabei machen wir, teilweise bewusst, eine Vielzahl von Fehlern, die uns erst den Weg zu einer richtigen Lösung eröffnen. Wir setzen uns bestenfalls so lange mit der Situation auseinander, bis wir das Gefühl haben, alle Fehler *vorweggenommen* zu haben. Das ist etwas anderes, als zu behaupten, man habe alles richtig gemacht. Ich glaube, ich kann sicher behaupten, dass die besten Rechtsanwender diejenigen sind, die ein Gefühl für Fehler entwickelt haben, dem sie *gleichzeitig* vertrauen und misstrauen, und die Herstellung der rechtlichen Lösung nicht als abgeschlossen ansehen, bis sie mit ihrem Gefühl zufrieden sind.

Wenn wir die Rechtsanwendung als eine subjektive Erfahrung verstehen lernen und diese Sichtweise unserer reflexiven Praxis zu Grunde legen, dann können wir die Unstimmigkeiten überwinden, die sich ergeben, wenn man Fehler als eine Abnormität begreifen. Wir erlauben uns, unser Denken und unser Verhalten kritisch zu hinterfragen, ohne Gefahr zu laufen, Selbstzweifeln zu verfallen. Es ist kein Problem, Fehler zu machen; es ist sehr wohl ein Problem, nicht angemessen mit Fehlern

umzugehen. Dazu gehört es auch, dass man sich zugesteht, dass man selbst nicht ohne Fehler ist. Dass alle Fehler machen, ist eine Selbstverständlichkeit, die man selbst gerne nur auf andere überträgt. Man selbst liegt der eigenen Wahrnehmung zufolge nur äußerst selten daneben. Doch der Schein trügt. Kathryn Schulz gibt eine sehr einleuchtende Antwort auf die Frage, wie es sich eigentlich anfühlt, einen Fehler zu machen beziehungsweise mit seiner Auffassung falsch zu liegen: Falsch zu liegen, fühlt sich genauso an, wie richtig zu liegen, bis man schließlich realisiert, dass man einen Fehler gemacht hat.³⁵⁶ Hat man also nicht realisiert, einen Fehler gemacht zu haben, heißt das folglich noch lange nicht, dass man tatsächlich auch keinen gemacht hat. Daher sollte das gedankliche Diskreditieren der eigenen Ansicht zum festen Repertoire eines jeden Rechtsanwenders gehören. Karl Weick erläutert die Bedeutung dieser Denkweise folgendermaßen:

Jede Person, die eine Ansicht von der Welt besitzt und gleichzeitig Teile dieser Ansicht in Frage stellt, vereinigt in sich zwei Methoden zur Untersuchung einer Situation. Diskreditieren ist eine Methode zur Vergrößerung der notwendigen Mannigfaltigkeit und eine Methode zum Registrieren eines größeren Teils der in der Welt vorliegenden Mannigfaltigkeit.³⁵⁷

Wenn wir Rechtsanwendung ausschließlich als ein objektives Verfahren verstehen, haben solche Überlegungen zur eigenen Fehlbarkeit keinen Platz. Danach muss es ausreichen, die zur Verfügung stehenden Lösungsmuster methodisch sauber zur Anwendung zu bringen. Doch methodische und logische Schemata sind Denkweisen, die uns erlauben, sehr selbstbewusst daneben zu liegen.³⁵⁸

Aus der subjektiven Sicht der reflexiven Praxis heraus kann man hingegen sehr viel ehrlicher mit sich selbst sein. Fehltritte kommen vor,³⁵⁹

³⁵⁶ Schulz, *Being Wrong*, 2010, S. 18.

³⁵⁷ Weick, *Der Prozeß des Organisierens*, 1995, S. 325.

³⁵⁸ Nyberg, *The Varnished Truth*, 1995, S. 135.

³⁵⁹ Der Richter am Bundesgerichtshof Ralf Eschelbach schätzt, dass jedes vierte Strafurteil ein Fehltritt sei, in: *Janisch*, *Fehltritte in Deutschland*, S.Z. vom 16./17. Mai 2015, online zugänglich unter: <<http://www.sueddeutsche.de/politik/fehltritte-ohne-jeden-zweifel-1.2479505>>; letzter Aufruf am: 22. Mai 2017.

Vorurteile lassen sich nicht immer unterbinden,³⁶⁰ Emotionen verstellen den Blick auf das Wesentliche, konfligierende Interessen führen zu einer unangemessenen Vorgehensweise, richtig Geschriebenes wird missverstanden und richtig Gedachtes missverständlich geschrieben. Reflektiert man über die Rechtsanwendung kann man sich fragen, wo persönliche potentielle Fehlerquellen liegen, Vorurteile verborgen sind und Missverständnisse ihren Ursprung haben. Die Möglichkeiten sind freilich nahezu endlos, seien es fehlendes Wissen, schlecht strukturierte Wissensstrukturen, ein Mangel an Empathie, mangelhafte Handlungstechniken oder unzureichende Arbeitsorganisation. Doch allein die ernsthafte Auseinandersetzung mit möglichen Fehlerquellen wird die Sensibilität diesbezüglich erhöhen und die eigene Fehlbarkeit konstruktiv in das Selbstverständnis des Rechtsanwenders integrieren können. So können wir den Wert von gemachten Fehlern ausnutzen, denn Fehler erlauben uns letztlich die Dinge *anders zu sehen* und beim nächsten Mal *anders zu machen*.

Die Menschlichkeit als das Besondere

Die Institution des Rechts und auch die einzelne praktische Rechtsanwendung setzen eine Art Mechanismus voraus, den ich als »Entmenslichung« bezeichnen möchte. Dieser schafft Distanz zwischen dem Rechtsanwender und dem sozialen Konflikt, damit nicht in Ansehung der Person geurteilt wird und das Persönliche während der Rechtsanwendung außen vor gelassen werden kann. Hierzu stellt die Institution des Rechts Methoden, Theorien Verfahren, Routinen, Rituale, Einrichtungen und Architektur³⁶¹ bereit. Hinzu kommen eine Fachsprache, die Verschriftlichung des Konfliktes sowie des sich anschließenden Gesche-

³⁶⁰ Eine beispielhafte Auseinandersetzung mit dem Einfluss von Vorurteilen im Strafverfahren findet sich bei *Schünemann*, StV 2000, 159-165.

³⁶¹ Die Gestaltung von Sitzungssälen, Büros und Besprechungszimmer ist nicht neutral, sondern hat besondere Effekte auf die Menschen, die sich in ihnen bewegen. Von der Sitzungsordnung bis zu der Erhöhung der Sitzplätze, über Eingangshallen, Wartebereich und Zuschauerplätze; alles hat seine Aussage und Wirkung. Zu diesem Themenkomplex bietet *Mulcahy*, Social & Legal Studies Vol. 16, No. 3 (2007), 383-403, einen sehr guten Einstieg.

hens und schließlich die zeitliche Streckung³⁶² der sozialen Konfliktbehandlung. Auf diese Weise kann der Konfliktfall in einen neuen Kontext (den der Konfliktbehandlung durch das Recht) überführt werden und die Gemüter können sich beruhigen. Der Konflikt wird demnach teilweise enthumanisiert, um eine nachhaltige Vermeidung oder Auflösung überhaupt erst zu ermöglichen.

Als Rechtsanwender sind wir in zweierlei Hinsicht auf diese Form der »Entmenschlichung« der Konfliktbehandlung angewiesen. *Zum einen*, um überhaupt ein abstrakt-generelles Regelwerk auf eine Situation der Lebenswirklichkeit anwenden zu können. Rechtsanwendung heißt nicht nur, abstrakte Regeln zu konkretisieren, sondern auch, konkrete Fälle zu generalisieren. Es muss also festgestellt werden, inwiefern der Fall eben nicht einmalig ist, sondern dem Normalen – treffender: dem Normierten – entspricht. Das Geschehen muss ferner in eine Sprache übersetzt werden und in Textform gebracht werden, wozu es generalisiert und abstrahiert wird. So kann der Einzelfall schließlich so analysiert und bearbeitet werden, wie es die intellektuellen Werkzeug der juristischen Methode, Theorie und Dogmatik erfordern. *Zum anderen* müssen wir persönlichen Abstand gewinnen können, um angemessen unserer eigenen Menschlichkeit gerecht werden zu können. Dies umfasst nicht nur, die eigenen Vorurteile und persönliche Neigungen in den Griff zu kriegen, sondern insbesondere seine »Integritätsinteressen« zu wahren. Wer sich professionell mit der Behandlung von sozialen Konfliktfällen befasst, wird dabei auch mit sozialen Grenzfällen konfrontiert. Da wir Menschen und keine Subsumtionsautomaten sind, können uns diese Fälle *berühren*. Daher brauchen wir Erleichterungsstrategien und die angesprochene Distanz, nicht nur um das Recht sauber anzuwenden, sondern auch, um unsere seelische Gesundheit auf Dauer bewahren zu können. Wir wollen nicht *persönlich* in den Konflikt verwickelt werden, sondern nur in unserer Funktion.

³⁶² Die zeitliche Streckung wird heutzutage in aller Regel als hinderlich empfunden; dabei wird jedoch ihre abkühlende und abschreckende Wirkung verkannt. Ein gewisser zeitlicher Abstand zwischen Konfliktfall und rechtlicher Lösung gibt den Betroffenen die Möglichkeit, die Angelegenheit auch anders zu lösen. Manche Dinge erledigen sich auch von selbst und daher gilt: Keine direkte Lösung ist auch eine Lösung.

Distanz vom Menschlichen ist demnach eine wesentliche Komponente der praktischen Rechtsanwendung. Richterinnen und Richter wissen, dass sie nicht jeder Träne nachgeben dürfen, die im Gerichtssaal vergossen wird und dass sie so manch schlimme Bilder und Details aus ihren Akten besser nicht »mit nach Hause nehmen«. Wer Abstand hat, läuft nicht so schnell Gefahr blauäugig oder naiv zu agieren oder sich die Dinge zu nahe gehen zu lassen. Doch folgt daraus, dass Distanziertheit und Strenge und nicht Nähe und Barmherzigkeit die Leitmotive der Rechtsanwendung sein sollen? Dass Nüchternheit dem Mitgefühl vorgehen muss? Dass wir Lebenssachverhalte auf Aktenzeichen und Schicksale auf Rechtsfolgen reduzieren müssen?

Meiner Ansicht nach darf es hier nicht auf ein Denken in der Dichotomie »entweder/oder« hinauslaufen, denn ein solches Denken führt uns unweigerlich in ein Dilemma: Wer ausschließlich streng ist, kann nicht mehr nachsichtig sein und umgekehrt. Jedoch darf es *nicht* auf einen Kompromiss hinauslaufen. Schon wieder hilft uns die Geisteshaltung der Gleichzeitigkeit: Rechtsanwendung muss sowohl menschlich als auch entmenschlicht sein, um funktionieren zu können. Diese Geisteshaltung ist notwendig, weil wir uns nicht vorab festlegen dürfen, inwiefern wir einen Einzelfall behandeln möchten, da wir auf diese Weise Gefahr laufen, ihn nicht seinen Eigenarten entsprechend zu würdigen. Denn woher sollen wir im Vorhinein wissen, ob im Einzelfall die Verantwortung als Mensch oder die als Rechtsanwender den entscheidenden Ausschlag geben muss?

Aus all dem folgt, dass wir Rechtsanwendung nicht ausschließlich als ein sachliches, gerichtetes und normiertes Verfahren begreifen dürfen. Wir müssen die Rechtsanwendung *gleichzeitig* als menschliche Begegnung begreifen und darüber nachdenken wie die Menschlichkeit und Erleben der Tätigkeit Rechtsanwendung prägt. Denn eines ist sicher: Jede praktische Rechtsanwendung ist eine Tätigkeit *von* Menschen *für* Menschen. Aus dieser Sicht kann es nicht um eine perfekte Rechtsanwendung gehen. Es geht darum einen Beitrag zum gesellschaftlichen Leben zu leisten, der einen Wert hat und dieser Wert besteht bei der Rechtsanwendung in aller Regel darin, einen Konflikt *angemessen zu beenden*. Menschen müssen abschließen, vergessen und vergeben können – das ist menschlich. Dabei soll ihnen die Institution des Rechts helfen.

Es lässt sich also durchaus sagen, dass die Institution des Rechts uns hilft, menschlich zu sein.

In der Auseinandersetzung mit dem Aspekt der Menschlichkeit der praktischen Rechtsanwendung haben wir gesehen, wie – *erstens* – die Machtstrukturen, die mit der Rechtsanwendung einhergehen, zu einer besonderen menschlichen Verantwortung des Rechtsanwenders führen. Dieser Verantwortung kann er nicht ausschließlich mit peinlich genauer Anwendung der Gesetze gerecht werden. Zwangsläufig wird er bei seiner Tätigkeit auch Situationen erleben, die ihn zweifeln lassen was das Richtige wäre obschon die Rechtslage eindeutig zu sein scheint. *Zweitens* haben wir festgestellt, dass die praktische Rechtsanwendung immer auf zwischenmenschliche Kommunikation hinausläuft, weil es letztlich darum geht, anderen etwas zu zeigen und sie von etwas zu überzeugen. Daraus folgt, dass man sich Gedanken darüber machen muss, wie man einen gemeinsamen kommunikativen Hintergrund mit denen schaffen kann, denen man etwas vermitteln will. Zwischenmenschliche Kommunikation ist eine Form der Zusammenarbeit und letztlich lässt sich sagen, dass auch praktische Rechtsanwendung nicht nur eine Form von Kommunikation, sondern auch eine von Kooperation ist. *Drittens* haben wir uns damit auseinandergesetzt, dass Rechtsanwendung als menschliche Übung stets mit menschlichen Fehlern um- und einhergeht. Daher sollte man nicht seine ganze Kraft ausschließlich darauf verwenden Fehler zu vermeiden, sondern vielmehr dafür Sorge tragen, ihnen angemessen zu begegnen. Fehler sind nicht nur die Beschreibung eines Zustandes oder Ergebnisses, sondern auch eine Empfindung und Erfahrung. Als solche sind sie nicht per se schlecht, sondern können uns den Weg in die richtige Richtung zeigen. Die Gefühle und Emotionen die mit dem Erkennen von Fehlern einhergehen sind es, die uns überhaupt einer angemessenen und vertretbaren Lösung näher bringen. Die Menschlichkeit der Rechtsanwendung äußert sich eben auch in solchen Empfindungen und es ist schließlich unsere Urteilkraft, welche die Wahrnehmung und Deutung dieser Empfindungen übernimmt.

AUFGRUND DER Menschlichkeit der praktischen Rechtsanwendung sollten wir uns stets vergegenwärtigen, dass es sich bei ihr um ein *besonderes* Geschehen handelt. Freilich ist zuzugeben, dass auch das Besondere zur Routine werden kann. Wer tagein, tagaus mit sozialen Extremfällen zu tun hat, ist, wie wir gesehen haben, sogar zwingend auf Routine und Distanz angewiesen, um einerseits fachgerecht mit dem Abnormen umgehen zu können und andererseits seine seelische Gesundheit auf Dauer nicht in Gefahr zu bringen. Doch nicht nur durch die Routine kann die Erfahrung des Besonderen in Vergessenheit geraten. In anderen Fällen geht unter Umständen der »Kick« verloren. Wo es vorher noch etwas Außergewöhnliches war, mit Millionenbeträgen zu jonglieren oder über das Schicksal von Menschen zu bestimmen, haben sich mit der Zeit die Maßstäbe verschoben und Empfindungen sind abgestumpft. Was für die Betroffenen die Existenz bedeutet, ist zum persönlichen Alltag geworden. Nichtsdestotrotz bleiben etwa ein Beschluss in einem Sicherungsverfahren gemäß der §§ 413 ff. StPO, eine Verfügung von Todes wegen, die Beratung in einem Streit ums Sorgerecht, ein Schriftsatz in einem Nachbarschaftsstreit etwas Besonderes, denn hier geht es aus Sicht der Betroffenen regelmäßig um wortwörtlich *alles*.

Man denke also auch darüber nach, wie man als Rechtsanwender die *Begegnung* mit dem Menschlichen erlebt. Denn dadurch, dass wir über die Rechtsanwendung als die subjektive Erfahrung eines *besonderen*, *menschlichen* Geschehens reflektieren, begreifen wir sie als eine Tätigkeit, mit der wir eine Verantwortung gegenüber anderen Menschen wahrnehmen und welche entsprechende Konsequenzen nach sich ziehen kann.

Exkurs: Die Menschlichkeit der Rechtsanwendung und die juristische Ausbildung

Die wichtigste Übereinstimmung von juristischer Ausbildung und beruflicher Praxis bildet das Repertoire an Denktechniken, über welches sowohl der Praktiker als auch der angehende Einheitsjurist verfügt. Unter Umständen wird sogar mancher Student besser mit Denktechniken wie Auslegung, Definition, Subsumtion, logischen Schlüssen, etc. umgehen

können, als ein routinierter Praktiker. Der eigentliche Kern der Rechtsanwendung, nämlich die rechtliche Prüfung, unterscheidet sich in Ausbildung und Praxis nur von der Prämissen her, nicht aber in *technischer*, oder anders ausgedrückt, verfahrensmäßiger Hinsicht. Die Techniken von Auslegung und Subsumtion eines Vorsitzenden Richters am Oberlandesgericht und einer Rechtsreferendarin weisen keine wesentlichen Unterschiede auf. *Theoretisch* ist also die rechtliche Prüfung eine Gemeinsamkeit von Praxis und Ausbildung.

Doch hier kommen wir zum entscheidenden Unterschied: Diese Theorie ist nicht die Praxis; es fehlt der Bezug zur Lebenswirklichkeit und damit vor allem auch die einhergehenden *Erfahrungen*. Wichtig ist, dass ich mit Erfahrungen hier nicht bloß auf einen gewissen Zeitraum der Teilnahme an der beruflichen Praxis meine, sondern mich auf das *Erleben* der Praxissituation beziehe. Erfahrung heißt denken, fühlen *und* handeln³⁶³; Erfahrung heißt auch, wiedererkennen.³⁶⁴ Ich kann daher keine Situation *wiedererkennen*, die ich nicht in entsprechender Form selbst erlebt habe. Und deshalb liegt der alles entscheidende Unterschied zwischen juristischer Ausbildung und beruflicher Praxis in der Art und Weise, wie wir sie erleben.

Die Simulationen der juristischen Ausbildung sind notwendigerweise verkürzt, und zwar insbesondere um den Faktor der Menschlichkeit. Die Assessorexamensklausur wird keine Auswirkungen in der Lebenswirklichkeit für die an dem vermeintlichen sozialen Konflikt Beteiligten haben. Das heißt, dass von dieser Rechtsanwendung keine Menschen *betroffen* sind. Daraus folgt, dass der Anwender in dieser Situation anderen Empfindungen und Emotionen ausgesetzt wird, als in der beruflichen Praxis. Dort *zählt* meine Einlassung; ich muss mich für mein Handeln vor anderen *rechtfertigen*. Im Angesichte anderer er- und durchlebe ich Verantwortungsbewusstsein, Empathie, Unsicherheit, Angst, Reue, Freude, Skrupel, Ärger, Stress, Zeitdruck, Überforderung, Zweifel, Ekel, Machtgefühle, Selbstbewusstsein, Stolz ...

In der Prüfungssituation widerfährt mir Ähnliches – aber doch eben ganz Anderes. Die Gefühle und Emotionen der Praxissituation sind an

³⁶³ Novak, Learning, Creating, and Using Knowledge, 2nd Ed. (2010), S. 13: »Humans engage in thinking, feeling, and acting, and these combine to form the meaning of experience.«

³⁶⁴ Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. (2008), S. 26.

die Menschlichkeit der Beteiligten gekoppelt. Es macht einen erheblichen Unterschied, ob ich ein verurteilendes Strafurteil in einem Mordfall für einen mir unbekannten Korrektor verfasse, oder »im Namen des Volkes« für den Angeklagten, die Angehörigen des Opfers, die Staatsanwaltschaft, die Öffentlichkeit und (bestenfalls nicht) für die Revisionsinstanz schreibe. Es ist etwas Anderes, ob ich den Entwurf eines Mandantenschreibens für meinen Praxisausbilder im Referendariat anfertige, oder als Associate in der Probezeit für den Partner meines Teams in der Großkanzlei.

Rechtsanwendungen lassen sich simulieren – die mit einer praktischen Rechtsanwendung mit Bezug zur Lebenswirklichkeit einhergehenden Empfindungen, Emotionen und Erwartungen jedoch nicht.³⁶⁵ Tatsache ist, dass sich niemand von den Auswirkungen der Empfindungen, Emotionen und Erwartungen auf die eigene Leistung freimachen kann. Insofern kann der Übergang zwischen Ausbildung und Praxis auch *niemals* lückenlos sein. Mehr Spezialisierung, weniger wissenschaftliches Arbeiten, mehr »Praxisbezug« (was immer das auch sein soll ...) – jegliche Reformbemühungen in diese Richtungen werden angesichts der grundlegenden Unterschiede *im Erleben des eigenen Wirkens* und deren Auswirkungen letztlich keine Rolle spielen können.

Doch trotz dieser erheblichen Kluft zwischen Ausbildung und Praxis ist die Simulation der praktischen Rechtsanwendung im Rahmen der Ausbildung meiner Ansicht nach von hervorragender Qualität und bietet dem herangehenden Juristen eine ausgezeichnete Gelegenheit, den Ernstfall einzuüben.³⁶⁶ Sie bezieht den Umgang mit den wesentlichen

³⁶⁵ Ein krasserer Beispielsfall: Ein herangehender Herzchirurg mag die Operation am offenen Herzen zwar 1000 Mal simuliert haben, doch wenn er den Ernstfall nie erlebt hat, wird er diese Situation beim ersten Mal auch nicht wiedererkennen. Er verfügt zwar über die technischen Fertigkeiten und ist mit ähnlichen Situationen vertraut, doch im Ernstfall handelt es sich um das eventuell *spür- und sichtbar* schlagende Herz eines lebenden Menschen. Die Empfindungen und Emotionen, die mit dieser Situation einhergehen haben – und das behaupte ich hier einfach – in jedem Fall Einfluss auf ihr Erleben, aber auch auf die Leistung des Chirurgen.

³⁶⁶ Was nicht heißen soll, dass sie nicht auch in dieser Hinsicht verbesserungswürdig wäre. Sinnvolle, bereits durchgeführte Ergänzungen sind sicherlich umfassende Simulationen eines juristischen Verfahrens wie etwa durch einen Moot Court oder eine sogenannte Law Clinic.

Rahmenbedingungen der beruflichen Praxis ein, nämlich den Umgang mit der dem Faktor Zeit, mit Komplexität und – wenn auch nur sehr eingeschränkt – der Menschlichkeit der Beteiligten. Sie erlaubt dem angehenden Einheitsjuristen Erfahrungen dahingehend zu sammeln, ob er andere (in diesem Falle den Korrektor) von seinen rechtlichen Ausführungen überzeugen kann, ob er also einen erheblichen Beitrag zur Auflösung eines sozialen Konfliktes leisten kann.

Genau an diesem Punkt finden die Rechtsanwendung der Ausbildung und das, was ich hier als *praktische* Rechtsanwendung definiert habe, zusammen. Im Kern geht es immer um die Auflösung oder Vermeidung eines sozialen Konfliktes durch den eigenen, in bestimmter Art und Weise zu vermittelnden Beitrag. Eine reflexive Praxis führt nun Ausbildung und Praxis dadurch zusammen, dass man systematisch und zielgerichtet darüber nachdenkt, wie man die Anwendungssituation erlebt *und* wie man sie erleben *könnte*.

Als Student und Examenskandidat muss ich daher versuchen, mir diesen gedanklichen Rahmen anzueignen, mir vorzustellen, wie es wäre, wenn der Bezug zur Lebenswirklichkeit bestände. Ich muss mich fragen, wie ich die Situation eines Urteilsentwurfs erleben würde, wenn es sich nicht um eine Examensklausur, sondern um ein erstinstanzliches Urteil handeln würde. Was wäre, wenn Hans Habgier und Ole Opfer *echte* Menschen wären? Würde Herr Opfer meine dünnen Ausführungen zum Nichtvorliegen des Vorsatzes bei Herrn Habgier akzeptieren? Wäre ich nicht von dem Umstand mitgenommen, dass ich Herrn Habgier eigentlich für schuldig halte, jedoch nicht vermochte, seine Schuld juristisch zu begründen? Was würde die wohl die nächste Instanz mit meinem Urteil anstellen?

Es geht hier um ein »mindset«, eine Mentalität, eine Geisteshaltung: Die Ausbildung besteht nicht – wie gemeinhin angenommen – aus Klausuren, sondern aus der Simulation von Lebenswirklichkeit. Im Rahmen der reflexiven Praxis kann der herangehende professionelle Rechtswender versuchen, den Bezug zur Lebenswirklichkeit gedanklich herzustellen. So wird er zwar das Erleben einer *praktischen* Rechtsanwendung nicht vorwegnehmen können, doch kann er sich mit diesem Erlebnis schon einmal gedanklich vertraut machen.

Trivialitäten?

Man könnte die Erkenntnisse zur subjektiven Erfahrung des Geschehens der praktischen Rechtsanwendung wie folgt zusammenfassen: Probleme liegen nicht vor, wir konstruieren sie vielmehr unter Berücksichtigung möglicher Lösungen; wir schreiben, um zu denken; die vielschichtigen Strukturen der Situation der Rechtsanwendung fordern uns und können uns überfordern; Zeit begrenzt unsere Möglichkeiten, doch ist sie nicht knapp, ihre Erfahrung ist relativ; praktische Rechtsanwendung ist eine Tätigkeit von Menschen für Menschen.

Dies sind wohl keine bahnbrechenden Aufschlüsse, sondern vielmehr Selbstverständlichkeiten ...

... und genau hier liegt der Hund begraben. Bedingungen, welche einen prägenden Einfluss auf unser Wirken haben, werden derart selbstverständlich wahrgenommen, dass sie letzten Endes verkannt werden. Wir haben gesehen, wie ihre Konsequenzen und die mit ihnen einhergehenden Wertentscheidungen diskreditiert werden. Daher müssen wir uns auch mit den vermeintlichen Selbstverständlichkeiten unserer Tätigkeit auseinandersetzen. Nur so werden wir uns eine Vorstellung von *guter* Rechtsanwendung machen können. Das Nachdenken über die oben dargestellten »Trivialitäten« sollte Sie dazu in die Lage versetzen, die praktische Rechtsanwendung mit anderen Augen zu sehen. Wie Sie diese Perspektive nun zum Bestandteil einer konstruktiven reflexiven Praxis machen können, werde ich Ihnen im nachfolgenden Teil zeigen.

Vierter Schritt

—

**Sich eine
reflexive Praxis
aneignen**

Ihre reflexive Praxis und mein Vorschlag

Reflexion ist notwendigerweise eine persönliche und autonome Übung. Subjekt, Subjektivität, Bewusstsein und innerer Antrieb – darauf basiert jegliche Form von Reflexion. Weil dem so ist, kann ich Ihnen in diesem vierten Schritt nicht *die* reflexive Praxis für Juristen vorstellen. Aufgrund des höchstpersönlichen Charakters der Reflexion kann ich Ihnen im Nachfolgenden lediglich aufzeigen, wie Sie sich *Ihre* reflexiven Praxis aneignen können. Die Vorarbeit ist bereits geleistet, denn ich habe die Tätigkeit eingegrenzt, über die Sie reflektieren können und dargelegt, dass Sie die Ausübung dieser Tätigkeit als eine subjektive Erfahrung eines besonderen Geschehens begreifen können müssen. Insbesondere Letzteres ist von entscheidender Bedeutung, denn nur wenn Sie sich selbst als handelndes Subjekt erkennen, können Sie über Ihr Handeln und Denken sinnvoll reflektieren.

Das Ziel dieses vierten Schrittes und meiner Arbeit insgesamt ist, dass Sie sich *eine* reflexive Praxis aneignen. Eine reflexive Praxis umfasst regelmäßige, gezielte und *irgendwie* systematische Reflexion. Das Ziel meiner Arbeit ist folglich bereits dann erreicht, wenn Sie damit beginnen, regelmäßig und planmäßig zu reflektieren, um sich selbst und Ihre juristische Tätigkeit besser zu verstehen. Dabei kommt es nicht darauf an, wie Ihre persönliche reflexive Praxis konkret ausgestaltet sein mag.

Nichtsdestotrotz werde ich Ihnen nicht nur die Prinzipien einer reflexiven Praxis im Allgemeinen vorstellen. Ich werde Ihnen auch *eine systematische* reflexive Praxis für Juristen vorschlagen. Sie ist speziell auf die eingehende Analyse und Optimierung der juristischen Arbeits- und Denkweise zugeschnitten. Sie soll dem Nachdenken über die praktische Rechtsanwendung eine Struktur geben und demonstrieren, wie man seine eigene Theorie von praktischer Rechtsanwendung³⁶⁷ artikulieren und überprüfen kann. Sie ist insofern eine *juristische* reflexive Praxis und bildet daher das Herzstück dieser Arbeit. Jedoch kann Sie im Hinblick auf die Subjektivität und Individualität der Reflexion nicht verbind-

³⁶⁷ Vgl. hier die Ausführungen zu Theorien des Denkens und Handelns auf S. 46 ff.

lich sein. Verstehen Sie sie daher als Blaupause für Ihre eigene systematische reflexive Praxis über die praktische Rechtsanwendung, die ausprobiert, angepasst und individualisiert werden muss.

Leitideen

Beginnen wir mit einigen Leitideen, die zusammengekommen gewissermaßen den Kodex einer reflexiven Praxis bilden, ganz gleich, welche konkrete Form eine solche Praxis für Sie schlussendlich annehmen wird.

Integrativ denken

Im ersten Schritt hin zu einer reflexiven Praxis habe ich Ihnen die erste Leitidee bereits genannt: Verstehen Sie Reflexion als eine *bereits vorhandene* Komponente Ihres professionellen Denkens und Handelns in Gänze – denken Sie integrativ.

Denken wir integrativ, dann begreifen wir Reflexion als einen wichtigen Bestandteil unseres professionellen Wirkens. Reflexion sollte dann in einem ausgewogenen Verhältnis zu den übrigen Bestandteilen des Wirkens stehen. Daher widmen wir ihm bewusst Zeit und Aufmerksamkeit, immer ausreichend, doch nie zu viel. Denn wir vergessen nicht, dass es primär darum geht, *gute* Rechtsanwendung *in die Tat umzusetzen* und nicht bloß darüber zu reflektieren.

In diesem Zusammenhang muss ich noch darauf hinweisen, dass *während* der praktischen Rechtsanwendung eine Reflexion über die eigenen Unzulänglichkeiten und Fehler in aller Regel unangebracht und zudem aus Zeitgründen meist gar nicht möglich ist. Juristische Entscheidungen können auch ein gesundes Selbstbewusstsein erfordern, ein Vertrauen, dass der ermittelte Sinngehalt zutreffend ist. Perfektionismus kann in dieser Hinsicht auch eine unterbewusste Vermeidungsstrategie sein, wenn es darum geht, Entscheidungen zu treffen und diese zu verantworten. Es gibt Situationen in denen Selbstbewusstsein und Ver-

trauen gefragt und Zweifel fehl am Platze sind. Die Reflexion, als Teil unseres professionellen Wirkens in Gänze des Ganzen, soll unser Wirken fördern und nicht beeinträchtigen.

Opportunistisches Denken und Handeln

Opportunistisches Denken und Handeln ist immer dann angemessen, wenn wir mit Situationen konfrontiert werden, in denen die Rahmenbedingungen unsere Möglichkeiten *absolut* beschränken. So hatten wir bereits im Zusammenhang mit dem Erleben von Zeitdruck festgestellt, dass dieser zu opportunistischem Handeln anregt. Wir können den Ablauf der Zeit nicht aufhalten und daher müssen wir die Rechtsanwendung in der gegebenen Zeit *so gut wie eben möglich* zum Abschluss bringen. Auch wenn man noch wesentlich mehr recherchieren, lesen, schreiben und argumentieren müsste, gilt in diesen Situationen, dass eine lediglich ausreichende, doch entäußerte Lösung der vermeintlich perfekten, schlussendlich jedoch nicht fertiggestellten Lösung vorzuziehen ist.

Opportunistisches Denken und Handeln ist auch eine hilfreiche Strategie im Hinblick auf die reflexive Praxis. Nichts ist professionellen Rechtsanwendern (und auch dem Kandidaten auf ein juristisches Staatsexamen) so teuer und knapp wie ihre Zeit. Freilich mögen zwei Stunden pro Woche ein guter Richtwert sein, doch wer einer reflexiven Praxis so viel Zeit nicht widmen kann, sollte sich lieber mit weniger zufrieden geben, als völlig auf sie zu verzichten. Es gilt: Etwas ist besser als gar nichts. Man kann sich mit dem zufrieden geben, was möglich *und zugleich* noch zweckmäßig ist.

Der opportunistische Ansatz erleichtert neben der zeitlichen auch die inhaltlichen Ausgestaltung der reflexiven Praxis. Wer etwa nicht über seine Erfahrung des Geschehens der Rechtsanwendung in Gänze reflektieren will, sollte sich zumindest gezielt mit individuellen Problemen bei der Rechtsanwendung auseinandersetzen, bevor er ganz von einer reflexiven Praxis absieht. Theorien, Ideen sowie erklärenden Inhalte lassen sich ebenfalls auf opportunistische Art und Weise heranziehen und auswählen. Was funktioniert, sollte nicht fortwährend in Frage gestellt werden. So ist es beispielsweise nicht zwingend erforderlich, eine Vielzahl

an Monographien oder sonstigen Texten zur korrekten Verwendung des Urteilsstils zu lesen, wenn man bereits nach *einem* Fachaufsatz den Eindruck hat, eine *ausreichende* und dem eigenen Verwendungszweck *angemessene* Vorstellung von dem Thema zu haben, nach der man sein Handeln in Zukunft ausrichten kann.

Die pragmatische Methode

In der systematischen reflexiven Praxis prüfen wir potentielle Inhalte und Verhaltensweisen auf ihre *praktischen* beziehungsweise *handlungsbezogenen* Konsequenzen.³⁶⁸ Wir fragen, ob ein Inhalt und/oder ein Verhalten für uns einen Nutzen dergestalt haben, dass sie unsere Erfahrung der praktischen Rechtsanwendung *besser* machen. »Besser« kann in diesem Zusammenhang heißen: effizienter, effektiver, menschlicher, juristisch präziser, verständlicher etc.

Ein solches Vorgehen kann man ganz allgemein als eine pragmatische Herangehensweise bezeichnen, denn im wörtlichen Sinne bezeichnet Pragmatik die Orientierung auf das Nützliche, auf das, was funktioniert.³⁶⁹ Damit könnten wir uns zufrieden geben; wir bewerten Inhalte auf ihre handlungsbezogenen Auswirkungen und übernehmen für uns, was funktioniert. Jedoch muss man berücksichtigen, dass die Pragmatik keine konkrete Aussagen darüber trifft, *was* nützlich sein mag oder funktionieren könnte. Sie nimmt kein Ergebnis vorweg. Daher müssen wir, um pragmatisch zu Handeln, weitere Erwägungen anstellen. Denn was nützlich ist und was funktioniert, können wir nur anhand weiterer Ziel- und Wertvorstellungen, welche wir der praktischen Rechtsanwendung zu Grunde legen, beurteilen.

Der pragmatische Ansatz darf insofern nicht mit dem opportunistischen gleichgesetzt werden. Während das opportunistische Leitmotiv besagt, dass wir in einer Situation, deren Rahmenbedingungen wir nicht beeinflussen können, unsere Ziel- und Wertvorstellung *so gut wie eben möglich* verwirklichen sollten, bezieht sich der pragmatische Ansatz auf

³⁶⁸ Vgl. James, Pragmatismus, 1908, S. 28.

³⁶⁹ Vgl. Duden, Das Fremdwörterlexikon, 10. Aufl. (2010), S. 838, Stichwort »Pragmatik«.

ein Vorgehen, nach welchem wir unsere Entscheidungen mit Blick auf die Konsequenzen für unser Handeln treffen. Daher will ich an dieser Stelle nicht bloß auf das Leitmotiv der Pragmatik verweisen, sondern in Anlehnung an William James eine *pragmatische Methode*³⁷⁰ vorschlagen. Diese soll uns ermöglichen, eine angemessene, vertretbare und wirklichkeitsnahe Grundlage für unser Handeln zu schaffen.

Nach der pragmatischen Methode stellen wir also zunächst die praktischen Konsequenzen eines Inhaltes oder eines Verhaltens fest und bewerten seine Auswirkungen auf unsere Erfahrung der praktischen Rechtsanwendung. Wir fragen uns demnach, welchen *Unterschied* eine Verwendung, Anpassung oder Negation dieses Inhaltes oder Verhaltens für uns haben würde. Erscheint eine Adaption gewinnbringend, kann diese regelmäßig erfolgen. Wichtig ist, dass wir unsere Suche nach Inhalten oder Verhaltensweisen dann einstellen, wenn wir das Gefühl haben, eine *angemessene* Lösung gefunden zu haben. Soweit unterscheidet sich die pragmatische Methode noch nicht von einer bloßen Orientierung auf das Nützliche. Differenzierter wird es dann, wenn es um Selektionsentscheidungen in Bezug auf eine Vielzahl von Optionen geht. So gibt es beispielsweise zu den juristischen Auslegungsmethoden eine nicht zu überschauende Masse an Handlungsanweisungen und sonstigen Informationen. Hier findet man teilweise grundverschiedene Ansätze vor. Darüber hinaus kann man sich in dieses Thema nahezu »abgrundtief« einarbeiten. Nach der pragmatischen Methode konzentrieren wir uns zunächst auf prominente und leicht verfügbare Inhalte, also Standardtexte und Primärquellen. Aus diesen wählen wir dann jene Inhalte aus, welche plausibel erscheinen. Im nächsten Schritt prüfen und vergleichen wir ihre praktischen Auswirkungen auf unsere Vorstellung vom Geschehen der Rechtsanwendung. Kann kein wesentlicher Unterschied festgestellt werden, ist die Selektionsentscheidung unerheblich³⁷¹, und so kön-

³⁷⁰ So bezeichnete James seine Methode zur Auflösung von philosophischen Streitigkeiten, die andernfalls endlos wären. Diese Methode war für James Ausgangspunkt des philosophischen Pragmatismus, eine Ausprägung der Wahrheitsphilosophie. *Ich will hier keine Philosophie im geisteswissenschaftlichen Sinne betreiben, sondern lediglich die pragmatische Methode für unsere Zwecke übernehmen.* Eine Möglichkeit, die James im Übrigen ausdrücklich anerkennt. Vgl. James, Pragmatismus, 1908, S. 27 ff.

³⁷¹ Vgl. James, a. a. O., S. 28.

wir uns für den Inhalt entscheiden, der leichter übernommen werden kann oder uns in sonstiger Hinsicht eher zusagt. Unterscheiden sich die Auswirkungen der Inhalte, muss die Selektionsentscheidung im Wege einer Abwägung erfolgen. Wir müssen dazu feststellen, inwieweit ein Inhalt unseren Ziel- und Wertvorstellungen gerecht wird *und* welchen Aufwand wir betreiben müssen, um ihn integrieren zu können. Unter Umständen müssen wir den Selektionsraum nachträglich erweitern und noch weitere Möglichkeiten in die Auswahl aufnehmen. Im Fall der Auslegungsmethoden haben unterschiedliche Erklärungsansätze auch abweichende praktische Auswirkungen. Räumt man etwa der subjektiven Theorie der Auslegung den Vorrang vor der objektiven Theorie ein, wird man das entscheidende Gewicht im Verlauf der eigenen Auslegung auf den Regelungswillen des Gesetzgebers legen.³⁷² Aus dieser Grundausrichtung folgt dann ein entsprechendes Verständnis von und eine korrespondierende Ausführung der Auslegung. Für welchen Erklärungsansatz ich mich schließlich entscheide, hängt nun davon ab, mit welchem Ansatz ich Auslegungsergebnisse erhalte, mit denen ich einen tatsächlichen, zu behandelnden sozialen Konflikt wirksam und zweckentsprechend beeinflussen kann. Zudem ist von Bedeutung, dass ich den jeweiligen Ansatz mit vertretbarem Aufwand in meiner persönliche Arbeitsweise umsetzen kann. Das heißt, ich werde davon absehen, das Verhältnis der Auslegungsmethoden bis in das letzte Detail nachvollziehen und auflösen zu wollen, sondern mich darauf beschränken, mir ein Verständnis der Materie zu erarbeiten, welches mir die Herstellung rechtlicher Lösungen ermöglicht, die von den Adressaten meiner Anwendung verstanden und – vor allem – *akzeptiert* werden.

Es bleibt festzuhalten, dass pragmatisch vorzugehen nicht heißt, den Weg des geringsten Widerstandes zu gehen. Die pragmatische Methode erfordert es vielmehr, seine Bemühungen fortzusetzen, bis man eine Selektionsentscheidung für einen Inhalt oder eine Verhaltensweise getroffen hat, welche den individuell intendierten Nutzen tatsächlich erreicht.

³⁷² Vgl. Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 8. Aufl. (2015), S. 483, Rdnr. 796.

Idealismus wahren

Bei der Annäherung an eine persönliche Vorstellung von *guter* praktischer Rechtsanwendung, wird ein ausgeprägter Idealismus unerlässlich sein. Ich hatte bereits eingeräumt, dass ich nicht weiß, wie die *gute* Rechtsanwendung definiert werden könnte, und in diesem Zusammenhang halte ich es für passend, Augustinus zu paraphrasieren: Wenn mich niemand danach fragt, dann weiß ich, was die *gute* Rechtsanwendung ist, wenn ich es aber einem, der mich fragt, erklären sollte, weiß ich es nicht.³⁷³ Doch kann ich zumindest meine Überzeugung mitteilen, dass die *gute* Rechtsanwendung kunstgerecht, intelligent, elegant, ästhetisch, nachvollziehbar, menschlich, präzise, objektiv, angemessen, vertretbar, hilfreich und insgesamt positiv ist. Mit der *guten* Rechtsanwendung können wir unserer Verantwortung als Rechtsanwender *und* unserer Verantwortung als Mensch gerecht werden. Mit der *guten* Rechtsanwendung können wir Entscheidungen treffen und vertreten, die das Schicksal anderer betreffen. Insofern ist eine Spur Idealismus wohl selbst Voraussetzung für *gute* Rechtsanwendung.

Idealismus darf meinem Verständnis nach nicht mit dem Streben nach Perfektion verwechselt werden – wir streben nicht nach der perfekten Rechtsanwendung, sondern nach der für uns bestmöglichen. Wir haben bereits gesehen, welche Tücken das grenzenlose Streben nach Optimierung in sich birgt. Ein maßvoller Idealismus äußert sich hingegen in Neugierde und der Freude an neuem Nützlichem. Idealismus sollte nicht zu enttäuschten Erwartungen oder dem Gefühl der Unzulänglichkeit führen. Idealismus ist vielmehr der Weg hin zu der Überzeugung, das Richtige zu tun und die reflexive Praxis ist der angemessene Rahmen, diesen Weg zu beschreiten. Wer anlässlich der Reflexion idealistisch denkt, macht sich eine Vorstellung davon, was die *gute* Rechtsanwendung für ihn bedeuten mag und fragt sich, wie er ihr ein Stück weit näher kommen könnte. Er hat keine Scheu, Gewissheiten und Routinen in Frage zu stellen. Gleichzeitig achtet und respektiert er die bewährte Institution des Rechts und ist sich ihrer historischen wie organischen

³⁷³ Angelehnt an das berühmte Zitat von Augustinus hinsichtlich der Definition der Zeit: »si nemo a me quaerat, scio, si quaerenti explicare velim, nescio.«, *Augustinus, Confessiones*, Buch 11, Kapitel 14.

Entwicklung bewusst. Doch hindert ihn dies nicht daran, an die Möglichkeit einer besseren Rechtsanwendung zu glauben und gegebenenfalls den Versuch zu unternehmen, eine solche in die Tat umzusetzen.

Pluralismus berücksichtigen

Praktische Rechtsanwendung ist eine komplexe und äußerst facettenreiche Tätigkeit und ist als solche nicht einfach. Daher kann auch die systematische Ergründung ihrer Struktur mit all ihren Hintergründe, ihren Erklärungsmodellen, ihren Theorien, ihren Denk- und ihren Handlungsmustern nicht einfach sein.³⁷⁴ Wenn wir uns darauf einlassen, die praktische Rechtsanwendung als subjektive Erfahrung eines besonderen Geschehens zu begreifen, dann befürworten wir den Gedanken, dass es mehrere richtige, nützliche Wege zur Konstituierung und Ausgestaltung der Rechtsanwendung gibt, aber gleichzeitig beharren wir darauf, dass nicht jede beliebige Konstituierung und Ausgestaltung richtig oder nützlich ist.³⁷⁵ Diese Geisteshaltung ist Grundvoraussetzung für das, was Sandra Mitchell als Pluralismus definiert, nämlich:

... die Integration zahlreicher Erklärungen und Modelle auf vielen Erklärungsebenen anstelle der Erwartung, es müsse stets eine einzige, einfache, grundsätzliche Erklärung geben.³⁷⁶

Wenn wir versuchen, uns einer Vorstellung von der *guten* praktischen Rechtsanwendung anzunähern, sollte wir genau diese Einstellung übernehmen. Wir dürfen nicht in Ausschließlichkeiten denken. Es gibt viele Mittel und Wege unser Ziel der angemessenen Konfliktbehandlung zu erreichen. Dabei verwenden wir das Recht als unser Werkzeug. Allerdings erfolgt der Einsatz eines Werkzeuges grundsätzlich nicht zum

³⁷⁴ An dieser Stelle habe ich Sandra Mitchell paraphrasiert: »Das Leben ist nicht einfach, und deshalb können auch unsere Abbildungen des Lebens, unsere Erklärungen und Theorien über seine Funktionsweise nicht einfach sein.«; *Mitchell*, Komplexitäten, 2008, S 22.

³⁷⁵ Eine weitere Paraphrasierung von Sandra Mitchell: »Eine solche Haltung befürwortet den Gedanken, dass es mehrere richtige, nützliche Wege zur Beschreibung der Welt gibt, aber gleichzeitig beharrt sie darauf, dass nicht jede beliebige Beschreibung richtig oder nützlich ist.«; *Mitchell*, a. a. O., S 23.

³⁷⁶ Ebd.

Selbstzweck, sondern zur Verwirklichung unserer übergeordneten Ziel- und Wertvorstellungen. Wer ein Ziel vor Augen hat, handelt auch pragmatisch und opportunistisch. Bildlich ausgedrückt: Wenn gerade mal kein Hammer zu Hand ist, verwendet man auch mal den Absatz einer Schuhsohle, um den Nagel in die Wand zu schlagen. Diese Herangehensweise erfordert jedoch offenes und integratives Denken, denn ansonsten verkennen wir den Schuh als das Werkzeug, welches uns weiterhelfen könnte. Daher dürfen wir bei der Annäherung an unsere Idealvorstellung von der Rechtsanwendung uns nicht von Kategorien (Rechtsmethode, Rechtstheorie, Rhetorik, Dogmatik, Psychologie, Schreibdidaktik etc.) beschränken lassen. Der Pluralismus mindert insofern den negativen Effekt des Kategoriendenkens und wer ihn berücksichtigen lernt, fängt an in Relationen zu denken. Kategorien hingegen sind Filter, und Filter nehmen vorweg, was relevant sein soll, sie grenzen ab, was auch zusammengekommen werden kann. Das ist in aller Regel doch nicht immer hilfreich, denn so werden Inhalte aus unserem Erkenntnisfeld verbannt. Wer erfahren will, was ich damit meine, sollte sich die nachfolgenden Aufsätze zur Schreibdidaktik durchlesen:

- *Flower, Linda/Hayes, John R.*, Problem-Solving Strategies and the Writing Process, *College English*, Vol. 39, No. 4 (1977), S. 449-461,
- *Elbow, Peter*, The Music of Form: Rethinking Organization in Writing, *College Composition and Communication*, Vol. 57, No. 4 (2006), S. 620-666,

und sich anschließend fragen, welchen Grund es dafür geben könnte, die wertvollen Erkenntnisse hinsichtlich der Produktion von Texten, nicht zum einem besseren Verständnis der praktischen Rechtsanwendung beitragen sollten.³⁷⁷

³⁷⁷ Meiner Meinung nach können Juristen äußerst fruchtbare Erkenntnisse aus der Schreibdidaktik gewinnen, denn schließlich besteht professionelle Rechtsanwendung im Überwiegenden aus Textproduktion. Hier besteht für das Gros der Rechtsanwender ein immenses Potenzial, die Qualität der eigenen Arbeit (noch weiter) anzuheben.

Ehrlichkeit sich selbst gegenüber

In der persönlichen Übung der Reflexion darf man die Möglichkeit nicht verstreichen lassen, sich selbst Unzulänglichkeiten zuzugestehen und Fehler einzugestehen. Wie bereits angedeutet nützt es nichts, nach der perfekten Rechtsanwendung zu streben. Unsere Vorstellung von der idealen Rechtsanwendung sollte vielmehr für uns immer in Reichweite bleiben. Anders ausgedrückt: Es sollte zumindest im Bereich des Möglichen sein, dass unsere Erfahrung der praktischen Rechtsanwendung einmal unserer Idealvorstellung entspricht.

Dazu bedarf es Ehrlichkeit gegenüber uns selbst. In der Reflexion dürfen wir uns nichts vormachen. Ein einfaches Beispiel aus meiner reflexiven Praxis mag dies verdeutlichen. Ich kann nicht besonders schnell mit der Hand schreiben. Daher konnte ich innerhalb einer Klausursituation nur eine durchschnittliche Maximalzahl an Bögen produzieren. In meinem Fall waren dies im zweiten Staatsexamen, bei einem durchschnittlichen Zeitfenster für die Niederschrift von etwa zweieinhalb Stunden, maximal 35 Bögen. Unabhängig vom Gegenstand der Klausur und meines diesbezüglichen Wissens, stand demnach eine physisch bedingte Obergrenze des Umfangs meiner Darstellung fest. Lange Zeit habe ich mir diese Obergrenze nicht bewusst eingestanden, was insbesondere in strafrechtlichen Klausuren zu enttäuschten Erwartungen und dem Gefühl der Unzulänglichkeit führte: »Du bist nicht gut genug, du hast wieder nicht genug zu Papier gebracht!« Doch nachdem ich mich mit diesem Umstand im Rahmen der Reflexion ehrlich und selbstkritisch auseinandergesetzt hatte, entwickelte schließlich ich einen Weg damit umzugehen.

Man muss sich bewusst machen, dass reflexive Praxis keine »performance« ist. Wir reflektieren nicht, um uns selbst darzustellen, sondern, um uns selbst besser zu verstehen.

Die Geste der Reflexion

Reflexion ist eine besondere Form des Nachdenkens, eine innere Beschäftigung mit unseren Erfahrungen und Vorstellungen, mit Gefühlen und Emotionen sowie mit Begriffen, Konzepten und Theorien. Unabhängig davon, wie eigene reflexive Praxis letzten Endes ausgestaltet ist, sollte man diese innere Beschäftigung jedoch auch schriftlich artikulieren. Dabei geht es nicht darum, unser Denken zu *fixieren*, sondern darum, unser Gedanken *formbar* zu machen. Schreiben wir unseren Gedanken auf, geben wir ihnen eine plastische Form. Das, was schriftlich niedergelegt worden ist, kann auf besondere Art und Weise analysiert und modelliert werden.³⁷⁸ Denn sehen wir, was wir denken, können wir es aufgrund dieses visuellen wie intellektuellen Eindrucks weiter- oder umdenken.³⁷⁹ Allein mit den immateriellen und flüchtigen Gedanken in unserem Kopf, ist dies nicht möglich. Daher will ich das Schreiben in Anlehnung an Vilém Flusser als die Geste der Reflexion bezeichnen:

Es ist falsch zu sagen, dass die Schrift das Denken fixiert. Schreiben ist eine Weise des Denkens. Es gibt kein Denken, das nicht durch eine Geste artikuliert würde. Das Denken vor der Artikulation ist nur eine Virtualität, also nichts. Es realisiert sich durch die Geste hindurch. Strenggenommen kann man nicht denken, ehe man Gesten macht. Die Geste des Schreibens ist eine Geste der Arbeit, dank derer Gedanken in Form von Texten realisiert werden. Ungeschrie-

³⁷⁸ Jack Goody schreibt hierzu: »It is rather the *form* in which the alternatives are presented makes one aware of the differences forces one to consider contradiction, makes one conscious of the ›rules‹ of argument, forces one to develop such ›logic‹. And the form is determined by the literary or written mode. Why? Because when an utterance is put in writing it can be inspected in much greater detail, in its parts as well as in its whole, backwards as well as forwards, out of context as well as in its setting; in other words, it can be subjected to a quite different type of scrutiny and critique than is possible with purely verbal communication. Speech is no longer tied to an ›occasion‹; it becomes timeless. Nor is it attached to a person; on paper, it becomes more abstract, more depersonalised.« Goody, *The domestication of the savage mind*, 1977, S. 44.

³⁷⁹ Karl E. Weick schreibt: »Wie kann ich wissen, was ich denke, bevor ich sehe, was ich sage?«; Weick, *Der Prozeß des Organisierens*, 1995, S. 195. Zum Schreiben für und über sich will ich Ihnen insbesondere ans folgende Fundstellen ans Herz legen: *Fulwiler, Toby* (Hrsg.), *The Journal Book*, Portsmouth 1987; *Foucault*, *Über sich selbst schreiben*, in: *Zanetti*, *Schreiben als Kulturtechnik*, 2012, S. 49-66;

bene Gedanken zu haben heißt eigentlich, nichts zu haben. Wer sagt, dass er seine Gedanken nicht auszudrücken vermag, der sagt, dass er nicht denkt.³⁸⁰

Wenn das Schreiben eine Weise des Denkens ist, ist es demnach auch eine Weise des Reflektierens. Wenn wir die besondere Denkform der Reflexion ausüben und dabei schreiben, schreiben wir auch auf besondere Weise: Wir schreiben *für uns*, nicht für andere.

Das mag selbstverständlich klingen, ist es jedoch nicht. Denn in aller Regel schreiben wir, um anderen etwas mitzuteilen. In Schulzeit, Studium und beruflicher Praxis sowie auch im Privatleben geht es hauptsächlich um die Erstellung von Textprodukten, die andere konsumieren (sollen). Wer für andere schreibt, muss sich fragen, was mitzuteilen ist und wie dies geschehen sollte, damit der andere versteht, was man mitteilen möchte. Man ist dabei nicht nur Schreiber, sondern zugleich auch kritischer Leser.³⁸¹ »Was wird wohl der sagen, der das liest?« Es ist so, als hätte man einen kleinen, missmutigen Kritiker im Hinterkopf sitzen, der nur darauf aus ist, zu bemängeln und zu rezensieren: »Das liest sich schlecht!«, »Das ist doch kein richtiges Deutsch.«, »Da muss ein Komma hin.«, »Das ist doch ein Rechtschreibfehler ...«, »Das ist doch Quatsch!«, »Dumm ist, wer so was schreibt.« etc. Diese Form von – meist negativer – Selbstkritik behindert die Artikulation. Denn dadurch, dass wir darüber nachdenken, *wie* wir schreiben sollten, schränken wir schon ein, was wir schreiben.³⁸²

Wenn wir *für uns* selbst schreiben, müssen wir daher sicherstellen, dass unser interner Lektor und Rezensent Ruhe gibt. Rechtschreibung, Grammatik, Richtigkeit, Folgerichtigkeit, Kohärenz, Angemessenheit und – ganz allgemein – die Qualität dessen, was wir niederschreiben, ist nicht von Bedeutung.³⁸³ Schreiben wir für uns, geht es darum, dass wir unsere Gedanken sichtbar machen. Wir wollen sehen, was wir denken, um es über-, weiter-, um- und bei Bedarf wiederdenken zu können. Wir

³⁸⁰ Flusser, Die Geste des Schreibens, in: Zanetti, Schreiben als Kulturtechnik, 2012, S. 261 (266 f.).

³⁸¹ Gréssillon, Über die allmähliche Verfertigung von Texten beim Schreiben, in: Zanetti (Hrsg), Schreiben als Kulturtechnik, 2012, S. 152 (161).

³⁸² Zu diesem Konflikt: Elbow, Writing with Power, 2nd ed. (1998), S. 349.

³⁸³ Scaife, Supervising the Reflective Practitioner, 2010, S. 201; Scheuermann, Schreibdenken, 2. Aufl. (2013), S. 19 f.; Elbow, a. a. O., S. 15.

wollen uns freischreiben, wir wollen mit dem, was wir denken weiterkommen. Daher gibt es für das Schreiben für sich selbst auch keine Regeln, außer dass es keine Regeln gibt. Daran ändert auch eine reflexive Praxis nichts. Schreiben Sie einfach, was Sie denken, wenn Sie reflektieren.

Ich bin der Ansicht, dass Sie *mit der Hand schreiben* sollten. In der *systematischen* reflexiven Praxis wird dies nicht ausschließlich umsetzbar sein, doch sollte die Denkarbeit mit den Händen ein wesentlicher Bestandteil einer jeden reflexiven Praxis sein. Denn das Schreiben mit der Hand ist eine Tätigkeit, die Geist und Körper auf eine bestimmte Art und Weise miteinander in Einklang bringt. Schreiben wir mit der Hand, erfahren wir Textur, Widerstand und Reibung. Wir kratzen in die Oberfläche des Papiers und so ist die Handschriftlichkeit nahezu bruchlos mit den urältesten Formen des Ritzens von Symbolen oder Buchstaben in Stein oder Ton verbunden.³⁸⁴ Jeder geschriebene Buchstabe ist *Handarbeit*, für sich genommen ein Unikat und unsere Handschrift so ein Ausdruck unserer Persönlichkeit wie auch unseres persönlichen Empfindens. An unserer Schrift können wir ablesen, wie wir uns fühlten, als wir schrieben. Wir können (an-) fassen, was von uns handgeschrieben worden ist. Das ist eine besondere Dimension der Handschrift, die das Gedruckte nicht einmal ansatzweise erschließen kann und die für die Reflexion von besonderer Bedeutung ist, denn wir reflektieren für uns und um uns selbst besser zu verstehen. Daher sollten Sie zum Stift greifen, wenn Sie reflektieren.

Widmen Sie der Reflexion ein Notizbuch oder einen Ringbinder. Machen Sie es zu Ihrem Reflexionsbuch, zu dem Sie immer dann greifen, wenn Sie reflektieren. Die Seiten des Notizbuchs oder des Ringbinders können liniert oder unliniert sein. Wichtig ist nur, dass Sie *keinen rechten Rand* aufweisen. Ich empfehle Ihnen nämlich, die Seiten mit einem *linken Rand* zu versehen, unabhängig von der Heftung oder Lochung der Blätter. Dieser Rand sollte nur so groß sein, dass Sie in Ihrer Handschrift ungefähr zwei Wörter von mittlerer Länge nebeneinanderschreiben

³⁸⁴ Krippendorf, Schreiben – mit Papier und Kugelschreiber, in: Narr/Stary (Hrsg.), Die Lust und Last des wissenschaftlichen Schreibens, 1999, S. 27 (29).

können.³⁸⁵ Ihm kommt eine entscheidende Bedeutung zu. Sie sollten nämlich Ihre Aufzeichnung *regelmäßig durchsehen und mit Anmerkungen versehen*. So können Sie einen Dialog mit Ihren reflexiven Gedanken eingehen und sehen, wie sich entwickelt, was Sie denken.³⁸⁶ Ann E. Berthoff hat das dialektische Schreiben Ende der 1980er Jahre in der amerikanischen Didaktik populär gemacht.³⁸⁷ Ein kurzer Auszug aus Ihrem Text »Dialectical Notebooks and the Audit of Meaning« enthält meiner Ansicht so gut wie alles, was wir über das produktiven Schreiben für und über uns selbst wissen müssen:

I will describe here a special kind of journal which I call a dialectical notebook. I like to remind myself (and others) that dialectic and dialogue are closely related; that thinking is a dialogue we have with ourselves; that dialectic is an audit of meaning – a continuing effort to review the meanings we are making in order to see further what they mean. The means we have of doing that are – meanings. The dialectical notebook keeps all our meanings handy. Here is how it works: the dialectical notebook is a double-entry journal with the two pages facing one another in dialogue. On one side are observations, sketches, noted impressions, passages copied out, jottings on reading or other responses; on the facing page are notes on these notes, responses to these responses – in current jargon, »meta-comment«. The first thing the dialectical notebook can teach us is toleration of those necessary circularities. Everything about language, everything in composing, involves us in them: thinking about thinking; arranging our techniques for arranging; interpreting our interpretations.

For positivists – and therefore most rhetoricians – these circularities are dizzying. They are abjured as *self-consciousness*. »Why tell people what they are doing when they are doing it normally, naturally? Why intervene with theory when they are creating without it?« The short answer is that knowing how to make meaning in one instance is facilitated by knowing that we have done so

³⁸⁵ Bei mir entspricht dies einem Rand von etwa 3 cm.

³⁸⁶ Zu diesem Thema kann man sehr viel lesen, doch ihr Text reicht aus: *Berthoff*, *Dialectical Notebooks and the Audit of Meaning*, in: *Fulwiler* (Hrsg.), *The Journal Book*, 1987, S. 11-18. Vgl. Sie auch das im Fließtext folgende Großzitat.

³⁸⁷ Ich habe in diesem Zusammenhang nicht versucht, herauszufinden, wer erstmals diese Methode beschrieben haben könnte. Berthoffs Text ist wirklich gut und scheint originär zu sein. Das war für mich ausreichend.

in other circumstances. Consciousness of consciousness makes that knowledge apprehendable.³⁸⁸

Meiner Erfahrung nach lässt sich die dialektische Methode am besten mit einem linken Rand verwirklichen, was meiner Auffassung daran liegt, dass wir von links nach rechts lesen.³⁸⁹ Kommentare auf der linken Seite eines Textes bilden mit diesem zusammen eine visuelle und gedanklich Einheit, während das Geschriebene auf dem rechten Rand für sich steht.³⁹⁰ Es fasst zusammen oder bewertet abschließend das davor

³⁸⁸ Berthoff, *Dialectical Notebooks and the Audit of Meaning*, in: *Fulwiler* (Hrsg.), *The Journal Book*, 1987, S. 11 (12). Meine Übersetzung lautet: »Ich beschreibe hier eine besondere Art ein Tagebuch zu führen, welches ich als dialektisches Notizbuch bezeichne. Ich möchte mich (und andere) daran erinnern, dass die Dialektik und der Dialog eng miteinander verwandt sind; dass Denken ein Dialog ist, den wir mit uns selbst führen; dass Dialektik eine Prüfung von Bedeutung ist – eine fortlaufende Bemühung, die Bedeutungen nachzuprüfen, die wir herstellen, um schließlich zu erkennen, was diese Bedeutungen bedeuten. Die Mittel, die uns dafür zur Verfügung stehen, sind – Bedeutungen. Das dialektische Notizbuch macht all unsere Bedeutungen griffbereit. Und so funktioniert es: Das dialektische Notizbuch ist ein Buch der Doppeleinträge, wobei sich je zwei Seiten im Dialog gegenüberliegen müssen. Auf der einen Seite werden Beobachtungen, Skizzen, Empfindungen, Exzerpte, Lesenotizen oder sonstige Reaktionen festgehalten; auf der gegenüberliegenden Seite werden Notizen zu diesen Notizen, Reaktionen auf diese Reaktionen, festgehalten – im gängigen Jargon »Meta-Kommentare« genannt. Das Erste, was uns das dialektische Notizbuch lehrt, ist die Toleranz dieser notwendigen Zirkularitäten. Alles an Sprache, alles in der Komposition, involviert uns in diesen Zirkularitäten: über das Denken nachdenken, unsere Techniken der Anordnung anordnen, unsere Interpretationen interpretieren. Für Positivisten – und daher für die meisten Rhetoriker – sind diese Zirkularitäten verwirrend. Sie werden daher als *Selbstbewusstsein* abgetan. »Warum soll man den Leuten erklären, was sie tun, wenn sie es doch einfach tun, natürlich gewissermaßen? Warum sollte man mit Theorie intervenieren, wenn sie auch ohne diese ihre Erzeugnisse hervorbringen?« Die kurze Antwort ist, dass zu wissen, wie man eine Bedeutung in einem Fall hervorbringt durch das Wissen erleichtert wird, dass wir es so ähnlich schon unter anderen Voraussetzungen getan haben. Das Bewusstsein um das Bewusstsein macht dieses Wissen fassbar.«

³⁸⁹ Bei dieser Annahme handelt es sich um reine Spekulation meinerseits. Der Gedanke kam mir, als ich mich mit der Frage befasste, warum amerikanische *legal pads* mit einem linken Rand versehen werden. Interessanterweise sind amerikanische Schulhefte (sogenannte *composition books*) ebenfalls mit linken Ränder versehen, unabhängig davon, ob die sich die Mitte des aufgeschlagenen Hefts links oder rechts befindet.

³⁹⁰ Daher eignet sich etwa der rechte Rand eines Schulheftes so gut für Korrekturen und Bewertungen eines bereits fertigen Endproduktes.

Geschriebene. Daher lesen wir nur die Anmerkung am rechten Rand, und nicht mehr zwingend den Text, der links davon platziert ist.³⁹¹

Möglichkeiten

Das Schreiben für sich selbst ist frei und individuell. Es gibt keine starren Regeln, wie Sie es nutzen sollten, sondern Möglichkeiten, wie Sie es nutzen könnten. Wenn Sie sich an eine einfache reflexive Praxis annähern möchten, empfehle ich Ihnen, sich selbst eine Frage zu stellen, die Ihr Schreiben für sich anleiten wird.³⁹² Schreiben Sie mit einem Timer, schreiben Sie so schnell wie möglich, ohne abzusetzen und vor allem ohne das, was Sie schreiben, zu prüfen.³⁹³ Nachfolgend einige exemplarische Leitfrage, anhand derer Sie über die bisherigen Ausführungen reflektieren können.

- Schreiben Sie darüber, wie Sie – im Hinblick auf meine Ausführungen zur praktischen Rechtsanwendung – Ihre Tätigkeit definieren. Was ist Sinn und Zweck Ihres Wirkens? Wie würden Sie Ihre Rolle beschreiben? (12-20 Minuten)
- Schreiben Sie über grundlegende Fähigkeiten, die Ihnen ihre Tätigkeit ermöglichen. Spekulieren Sie, was essenzielle Elemente Ihrer Tätigkeit sein könnten. (10-15 Minuten)
- Schreiben Sie über Ihre Gedanken zu meinen Ausführungen zum professionellen Selbstverständnis von Juristen. Welche Erfahrung haben Sie mit der Verwissenschaftlichung und Objektivierung der juristischen Tätigkeit gemacht? Sehen Sie sich selbst als aktiver Teil der sozialen Konflikte an, mit denen Sie es in Ihrer Rolle als Rechtsanwendung zu tun haben? (8-12 Minuten)

³⁹¹ Im Übrigen eignet sich der schmale linke Rand sehr gut für Entwurfsarbeiten und Mitschriften, also für Schreibformen, mit denen wir Gedanken entwickeln wollen.

³⁹² Ulrike Scheuermann nennt dieses vorgehen Fokussprint; *Scheuermann*, Schreibdenken, 2. Aufl. (2013), S. 78.

³⁹³ Zum schnellen Schreiben raten insbesondere: *Scheuermann*, Schreibdenken, 2. Aufl. (2013), S. 20 und 74 sowie *Elbow*, Writing with Power, 2nd ed. (1998), S. 13 f.; *Bolton*, Reflective Practice, 4th ed. (2014), S. 117.

- Schreiben Sie darüber, wie Sie Ihre Auseinandersetzung mit rechtlichen Probleme wahrnehmen. Was halten Sie von meiner Metapher des Dialoges mit der Situation? Trifft das Ihrer Erfahrung nach auf Ihr Erleben Ihrer juristischen Tätigkeit zu? Kommt Ihnen eine bessere Metapher in den Sinn? (10 Minuten)
- Schreiben Sie über die Tätigkeiten, die Sie ausüben müssen, um überhaupt zu einer rechtlichen Lösung zu gelangen. Wie notieren Sie? Wie lesen Sie? Wie gehen Sie mit Papier und Computer um? Welche intellektuellen Hilfsmittel verwenden Sie? Welche Hilfsmittel würden Sie gerne verwenden? (12-16 Minuten)
- Schreiben Sie über eine persönliche Erfahrung als Rechtsanwender, die Sie nachhaltig beeindruckt hat. Inwiefern hat Sie diese Erfahrung als Mensch geprägt? (8-12 Minuten)
- Schreiben Sie über eine alltägliche Anwendungssituation. Versuchen Sie dabei, Ihre persönliche Geschichte dieser Anwendungssituation zu erzählen. (20 Minuten)
- Schreiben Sie über eine Situation der praktischen Rechtsanwendung, in der Sie Zeitdruck erfahren haben. Warum ist es so gekommen? Wie haben Sie reagiert? Was war positiv, was negativ? (8-12 Minuten)
- Schreiben Sie über Ihre Wahrnehmung der Priorisierung von Fristsachen. Was halten Sie von dem von mir beschriebenen Phänomen des Primats der Fristsache? Inwiefern räumen Sie anderen Werten den Vorzug vor dem Eiligen ein? (12-16 Minuten)
- Schreiben Sie darüber, wie Ihnen die Phänomene Vielfältigkeit, Komplexität und Vieldeutigkeit begegnen. Fällt Ihnen eine Situation ein, die Sie ohne Weiteres als kompliziert bezeichnen würden? Wie sind Sie mit dieser Situation umgegangen? (12-14 Minuten)
- Schreiben Sie darüber, wie Sie das Auseinanderfallen von professioneller und menschlicher Verantwortung sehen. Haben Sie schon einmal eine Konfliktsituation zwischen diesen erlebt? Wie sind Sie damit umgegangen? Wie erleben Sie die Begegnung mit anderen Menschen in der Rechtsanwendung? (16-20 Minuten)
- Schreiben Sie über eine Situation der Rechtsanwendung, in der Sie (einen) Fehler gemacht haben. Wie hat sich dieser geäußert? Welche Folgen hatte er? Welche Konsequenzen hatte er für Sie? Wel-

che Konsequenzen haben Sie gezogen? Wie haben Sie sich gefühlt?
(12-16 Minuten)

Sie können diese Liste als Starthilfe verstehen. Zum Einstieg in eine reflexive Praxis können Sie zwei Aufgaben pro Woche zu bearbeiten. Danach sollten Sie Ihre eigenen Fragen formulieren und für sich beantworten. Machen Sie sich bewusst, dass Sie *keine Erwartungen* an Ihre Ausführungen stellen sollen. Es gibt keine richtigen oder falschen, keine guten oder schlechten Antworten auf die obigen »Auslösefragen«. Es geht nicht um »Qualitätskontrolle«, sondern einzig und allein darum, zu sehen, was Sie denken. Ich betone diesen Punkt deswegen, weil diejenigen, die von Berufs wegen mit Textproduktion befasst sind, grundsätzlich für andere und somit immer im Hinblick auf gewisse Erwartungen und Standards zu schreiben.

Sofern Sie sich anfangs gehemmt fühlen, beginnen Sie nicht direkt mit der Auslösefrage, sondern damit, dass Sie 4-6 Minuten einfach nur schreiben, ganz gleich was.³⁹⁴ Selbst wenn Sie die ganze Zeit über nur ein Wort wieder und wieder schreiben. Es geht nur darum, dass der Stift die ganze Zeit in Bewegung ist. Das wird Sie auflockern und anregen. Die Auseinandersetzung mit der Auslösefrage sollte Ihnen danach ohne Weiteres möglich sein.

Neben der Auseinandersetzung mit Auslösefragen könnten Sie in Betracht ziehen, ein *Logbuch* zu führen. Hierzu können Sie *vor* jeder neuen Rechtsanwendung (ganz gleich, ob es sich bei Ihnen um Vorgang, Verfahren, Mandat oder Probeklausur³⁹⁵ handelt) kurz festhalten, was Sie über die anstehende Aufgabe denken. Was wird von Ihnen verlangt? Wo liegen in diesem Zusammenhang Ihre Stärken? Was sind Ihre Schwächen? Welche Erfahrungen aus der Vergangenheit könnten Ihnen nutzen?

³⁹⁴ Bolton, British Educational Research Journal, Vol. 20, No. 1 (1994), 55 (57-59).

³⁹⁵ Ich kann jedem Examenskandidaten das Führen eines Klausur-Logbuchs empfehlen. Es ist ein sehr gutes intellektuelles Werkzeug, welches einem ermöglicht den konkreten Nutzen der Prüfungssimulation langfristig nachzuvollziehen und sich einen eigenen Qualitätsmaßstab zu bilden.

Entsprechende Logbucheinträge sind dann freilich auch während sowie nach Abschluss der Rechtsanwendung anzufertigen. Was lief gut? Was schlecht? Wie wurde der verfasste Beitrag aufgenommen? Was hätte besser laufen sollen? Welche Lehren können für die Zukunft gezogen werden?

Entscheidend ist, dass dieses Logbuch nur zu persönlichen Reflexionszwecken dient. Es soll Sie dazu anregen, sich auf eine gewisse Art und Weise mit sich selbst und Ihrer Tätigkeit auseinanderzusetzen. Sie schreiben in diesem Logbuch ausschließlich *für sich*. Es handelt sich bei Ihren Logbucheinträgen also nicht um Arbeitsnotizen zur jeweiligen Rechtsanwendung und die Einträge dienen auch nicht zu Nachweis- oder gar Beweis Zwecken.

Machen Sie es sich zur Gewohnheit, regelmäßig Ihre Schreibspuren in Ihrem Reflexionsbuch und/oder Logbuch durchzusehen und zu überdenken (einmal pro Woche/Monat). Machen Sie sich bewusst, dass es dabei nicht darum geht, das bisher Geschriebene fertigzustellen oder zu verbessern. Machen Sie sich frei davon, es so zu überarbeiten, wie Sie es mit Texten machen, den Sie für jemand anderen schreiben. Bei der Durchsicht Ihres Reflexions- und/oder Logbuches wollen Sie nicht Texte, sondern Ihre Gedanken überarbeiten. Kommentieren Sie sie. Halten Sie neue Gedanken fest. Setzen Sie sie zu alten in Beziehung. Treten Sie mit sich selbst in einen Dialog ein.³⁹⁶ Nutzen Sie hierfür den Rand links. Dieser »review« Ihrer Schreibspuren muss nicht als peinlich genaues, zeitintensives Nacharbeiten praktiziert werden. Vielmehr reichen schlichtes Blättern, Überfliegen und Annotieren völlig aus. Nach einiger Zeit werden Sie feststellen, dass Sie so dabei zusehen können, wie sich Ihr Denken verändert – eine großartige Erfahrung.

³⁹⁶ Zum dialektischen Notieren: *Berthoff*, *Dialectical Notebooks and the Audit of Meaning*, in: *Fulwiler* (Hrsg.), *The Journal Book*, 1987, S. 11-18.

Eine systematische reflexive Praxis für Juristen

Erinnern Sie sich noch an das Dilemma einer reflexiven Praxis für Juristen? Resümieren wir: Ohne inneren Antrieb zur Reflexion kann es keine reflexive Praxis geben. Der inneren Antrieb entsteht in der Regel dadurch, dass Sie ein Eigeninteresse an Reflexion und an einer reflexiven Praxis entwickeln, was regelmäßig dann der Fall sein wird, wenn Sie die konkret-individuelle Bereicherung einer reflexiven Praxis für sich herausfinden und wertschätzen. Dies ist im Hinblick auf die Individualität und Subjektivität von Reflexion jedoch nur dann möglich, wenn Sie selbst eine reflexive Praxis durchführen oder zumindest eingehend über Reflexion und eine reflexive Praxis reflektieren ...

Im Nachfolgenden werde ich Ihnen eine konkrete systematische reflexive Praxis vorschlagen. Dabei wirkt das Dilemma fort. Mein Vorschlag mag daher plausibel erläutert und dargestellt sein, doch von Wirkungen und Auswirkungen können nur Sie selbst sich überzeugen, indem Sie das Vorgeschlagene ausprobieren und selbst erfahren, was eine systematische reflexive Praxis ausmachen kann. Ich erwähne dies hier, weil eine *systematische* reflexive Praxis im Vergleich zu einfacheren Variationen insbesondere am Anfang mit höherem zeitlichen und tatsächlichem Aufwand verbunden ist.³⁹⁷ Daher liegt der Kurz-Schluss besonders nahe, sich nicht vertieft mit ihr auseinanderzusetzen. Wem sich dieser Schluss aufdrängt, der sollte am Ende des vierten Schrittes reflektieren, warum er sich nicht auf eine systematische reflexive Praxis einlassen möchte. Diese Frage sollten Sie sich insbesondere dann stellen, wenn Sie

- sich auf ein Staatsexamen vorbereiten,
- sich gerade in den ersten Jahren der beruflichen Karriere befinden,
- auf eine neue juristische Tätigkeit umsteigen
- oder als Professor, Ausbilder oder Mentor tätig sind.

³⁹⁷ Ich gehe von maximal von einem halben Arbeitstag pro Woche aus. Dieser Aufwand wird etwa 4-6 Monate investiert werden müssen. Danach wird der zeitliche und gedankliche Aufwand exponentiell abnehmen.

Denn diese Zielgruppen sind es, die am stärksten von einer systematischen reflexiven Praxis profitieren können, zielt sie doch darauf ab, eine individuell-ideale Vorgehensweise der (praktischen) Rechtsanwendung zu ermitteln, zu artikulieren und in die Tat umsetzen zu können.

Erfahrungen zusammenfassen und eine eigene Theorie praktischer Rechtsanwendung artikulieren

Ausgangspunkt der systematischen Reflexion über die praktischen Rechtsanwendung ist die Reflexion über eine konkrete subjektive Erfahrung. Um diese Perspektive auf unsere Tätigkeit einnehmen zu können, erzählen wir uns die Geschichte dieser Erfahrung. Sobald man sich mit dieser Form der Auseinandersetzung mit dem eigenen Wirken vertraut gemacht hat, wird man jedoch feststellen, dass man in der Reflexion über *eine* Anwendungssituation dazu neigt, seine Aufmerksamkeit auf die Besonderheiten des Einzelfalls zu richten. Die Geschichte unserer Erfahrung wird sich nämlich entlang eben diesen Besonderheiten, Schwierigkeiten und Eigenarten des Einzelfalles entwickeln.³⁹⁸ Reflektiert man etwa über den letzten Schriftsatz, den man verfasst hat, denkt man schnell über spezifische Rechtsprobleme und Eigentümlichkeiten nach, mit denen man es in diesem Fall zu tun hatte. Dabei lassen sich jedoch nur eingeschränkt Erkenntnisse im Hinblick auf das eigene Denken und Handeln im Allgemeinen gewinnen. Daher müssen wir für unsere systematische und gezielte Reflexion ihren Gegenstand erweitern und über eine *Vielzahl* von Anwendungssituation nachdenken. Diese Vielzahl müssen wir schließlich zu einer *Gesamtheit* zusammenführen, indem wir unsere *Erfahrungen im Hinblick auf Gemeinsamkeiten, Unterschiede und Variationsmöglichkeiten zusammenfassen und ergründen*.

Diese Vorgehensweise wendete ich erstmals während meiner Vorbereitung auf das Assessorexamen an, als ich erste Versuche in gezielter Reflexion über die Rechtsanwendung unternahm. Ich merkte dabei schnell, dass die Reflexion über einzelne Klausursituationen nur wenig ertragreich war, denn hier befasste ich mich in aller Regel damit, was im

³⁹⁸ Bruner, Making Stories, 2002, S. 15: » ... [narrative] is sensitive to obstacles ...«

Einzelnen gut oder schlecht gelaufen war. So lernte ich dann zwar etwas über die Klausur, die ich geschrieben hatte, jedoch kaum etwas für zukünftige Klausuren, in denen ich mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eben nicht den bereits bearbeiteten Fall vor mir haben würde. Ich war also nicht dazu in der Lage, von der einzelnen Bearbeitung ausgehend auf ein bessere allgemeine Vorgehensweise zu schließen. Daher versuchte ich, über mehrere, gleichartige und dann schließlich unterschiedlichste Rechtsanwendungen nachzudenken – gleichzeitig, zusammenfassend. Von Zivilurteilen in Zwangsvollstreckungssachen über Zivilurteile im allgemeinen, Schriftsätze in Zivilsachen hin zu Strafsachen und öffentlich rechtlichen Fallgestaltungen. Urteilsentwürfe, Klageschriften, Anklageschriften, Revisionsgutachten, Verwaltungsakte, Mandantengutachten etc., allesamt wurden sie Gegenstand meiner Überlegungen: Welche Arbeitsschritte wiederholen sich? Welche Denkmuster können auf unterschiedliche Situation gleichermaßen angewendet werden? Gibt es Lese- und Schreibtechniken, die übergreifend angewendet werden können? Kurz: Was haben diese Anwendungssituationen gemeinsam und wo liegen die kleinen, aber feinen Unterschiede? So war Gegenstand meiner Reflexion folglich nicht mehr nur die Geschichte der subjektiven Erfahrung eines Geschehens einer konkreten Rechtsanwendung, sondern die einer Vielzahl Geschichten über Erfahrungen der Rechtsanwendung. Diese Vielzahl wurde durch den Fokus auf Ihre Gemeinsamkeiten und Unterschiede zu einer *Gesamtheit*³⁹⁹. Bildlich ausgedrückt: Ich legte die Geschichten der einzelnen Rechtsanwendungen gedanklich übereinander um ihre Regelmäßigkeiten und Unterschiede sichtbar zu machen. Nach einer gewissen Zeit ermöglichte mir diese Vorgehensweise, die jeweils der konkreten Reflexion zu Grunde liegende Einzelsituation nun in einem übergeordnetem Zusammenhang zu betrachten, denn mit den Überlegungen zur Gesamtheit meiner bisher erlebten Rechtsanwendungen hatte ich mir eine Basis für jede weitere Reflexion über die praktische Rechtsanwendung geschaffen. Ich hatte mei-

³⁹⁹ Goethe, Sprüche in Prosa, 2005, S. 185, * 2.64.3: »Der Fehler schwacher Geister ist, dass sie im Reflektieren sogleich vom Einzelnen ins Allgemeine gehen - anstatt dass man nur in der Gesamtheit das Allgemeine suchen kann.«

ne eigene Theorie von praktischer Rechtsanwendung artikuliert.⁴⁰⁰ Ich versuchte diese Theorie in die Tat umzusetzen und reflektierte anschließend über diese Versuche. Die Reflexionen über konkrete Anwendungssituationen wirkten dann wiederum auf meine Theorie zurück.

Die gedankliche Zusammenfassung einer Vielzahl von Erfahrungen individueller Rechtsanwendungen zu einer Gesamtheit ist zunächst einmal kontraintuitiv. Ein *Einzelfall* ist doch gerade nicht als Teil einer Gesamtheit anzusehen, sind es doch die Unterschiede auf die es ankommt. Fraglich ist zudem, wie Rechtsanwendungen zu einer Gesamtheit zusammengefasst werden sollen, wenn es sich nicht bloß um Einzelfälle in *einem* bestimmten Rechtsgebiet und aus *einer* festgelegten Bearbeiterrolle handelt,⁴⁰¹ sondern wir es mit unterschiedlichen Fachbereichen aus der Sicht unterschiedlicher Bearbeiterrollen zu tun bekommen. Zusammenfassend kann also gefragt werden, wie das gedankliche Übereinanderlegen einzelner, heterogener Rechtsanwendungen vonstattengehen soll. Welche Gemeinsamkeiten machen aus der Vielzahl an Erfahrungen der Rechtsanwendungen eine Gesamtheit?

Eine Problematik, mit der insbesondere angehende Rechtsassessoren wohlvertraut sind, denn die schriftlichen Examensprüfungen des zweiten Staatsexamens konfrontieren einen mit Rechtsanwendungen unterschiedlichster Couleur. Allein die Masse des examensrelevanten Stoffes stellt eine Schwierigkeit für sich dar. Hinzu kommt, dass das mögliche Spektrum an Aufgabenstellungen und einzunehmender Bearbeiterrollen enorm ist. Da ein Fall nur mit den gegebenen Informationen und Hilfsmitteln gelöst werden darf, muss man als Prüfling mithin über ein breit aufgestelltes rechtliches Wissen verfügen –formal, formell wie materiell. Es werden Kenntnisse vom Zivilrecht bis hin zum Öffentlichen Recht verlangt; angefertigt werden müssen richterliche Verfügungen und Urteile, anwaltliche Schriftsätze, Mandantenschreiben und Vertragsgestaltung sowie schließlich Entscheidungen der öffentlichen Verwaltung. Die

⁴⁰⁰ Vlg. zu den eigenen, den selbsterklärten und den objektiv-idealen Theorien praktischer Rechtsanwendungen die Ausführungen hier auf S. 46 ff.

⁴⁰¹ So etwa wenn sich der Rechtsanwender als Richter sich ausschließlich mit Verkehrsunfällen mit einem Streitwert bis zu 5.000 € zu befassen hätte.

Varianz der Aufgabenstellungen ist hoch, die erforderlichen materiell-rechtlichen Kenntnisse sind heterogen. Von der Vielzahl der Anwendungssituationen auf ihre Gesamtheit zu schließen, scheint in Anbetracht dessen eher fernliegend.

Die Lösung dieses Problems beruht auf den Rahmenbedingungen der subjektiven Erfahrung des Geschehens einer Klausursituation. Vergleicht man nämlich seine Geschichten vieler erlebter Klausursituationen, sind die elementaren Rahmenbedingungen letztlich immer gleich. Die Einzelfälle weisen allesamt einen vergleichbaren Grad an Komplexität, Ungewissheit und Einzigartigkeit auf (Umfang der Vorlage, Bearbeitervermerk, zu verwendendes Material, rechtliche Schwierigkeit). Ein Fall ist stets innerhalb eines festen Zeitrahmens und an einem Stück zu bearbeiten (fünf Stunden Bearbeitungszeit). Schließlich muss man in jedem Einzelfall die Menschlichkeit der Beteiligten auf Ebene des sozialen Konfliktes und auf Ebene der Kommunikation der Lösung beachten (Bearbeiter, Korrektor, Lebenssachverhalt auf Basis menschlichen Verhaltens). Selbst wenn sich die jeweiligen Rechtsanwendungen inhaltlich (also im Hinblick auf Rechtsgebiet und Bearbeiterrolle) drastisch unterscheiden, weisen jedoch alle denkbaren Examensklausuren eine entscheidende Gemeinsamkeit auf: Eine wesentliche Leistung besteht darin, mit stets vergleichbaren Rahmenbedingungen immer wieder auf's Neue angemessen umgehen zu können. Die Vielfältigkeit, Komplexität und Vieldeutigkeit der zu bearbeitenden Sachverhalte sowie der möglicherweise anzuwendenden juristischen Lösungen in Kombination mit der intensiven zeitlichen Verdichtung auf fünf Stunden erfordern einen nahezu perfekten Arbeitsablauf, ohne unnötige Unterbrechungen und Rekursionen. Das Ziel ist stets, eine rechtlich vertretbare sowie praktisch verwendbare Lösung her- und insbesondere darzustellen – eine Lösung, die den Korrektor *überzeugt*. Unsere Geschichten der Rechtsanwendung in der Klausursituation werden demnach stets auf der Auseinandersetzung mit den elementaren Rahmenbedingungen aufbauen und schlussendlich auf die Frage hinauslaufen, ob wir das Ziel unserer Tätigkeit erreicht haben oder nicht.

In der beruflichen Praxis ist die Rechtsanwendung freilich nicht derart reguliert wie in der Klausursituation. Insbesondere ist hier die einzelne Rechtsanwendung regelmäßig nicht an einem Stück, sondern ge-

stückelt, über einen längeren Zeitraum zu bearbeiten. Ein Rechtsanwalt erlebt es beispielsweise selten, dass er sich von Anfang bis Ende, innerhalb eines festen Zeitraumes mit der Her- und Darstellung eines Klageschriftsatzes auseinandersetzen kann. Es werden Gespräche geführt, Unterlagen nachgereicht, Telefonate geführt, recherchiert, auf Sachverständige gewartet, die richterliche Verfügung abgewartet, andere Akten bearbeitet, bis sich der Anwalt schließlich an den Schreibtisch setzt und kurz vor Fristablauf einen Schriftsatz auf seinen Weg bringt. Doch auch derart zersplitterten Geschehnisse der praktischen Rechtsanwendungen lassen sich gedanklich zusammenfassen, indem wir uns die Geschichten unserer subjektiven Erfahrungen der jeweiligen Rechtsanwendungen erzählen und den Umgang mit den Rahmenbedingungen als *verbindenden Faktor* auffassen. Gehen wir der Tätigkeit der praktischen Rechtsanwendung nach, müssen wir stets mit der Konfrontation mit Vielfältigkeit, Komplexität und Vieldeutigkeit, dem Faktor Zeit sowie der Menschlichkeit der Beteiligten und Betroffenen zurechtkommen, um schlussendlich unser Ziel, nämlich einen Beitrag zur Vermeidung und/oder Auflösung eines sozialen Konfliktes, zu erreichen. Unsere Geschichten der praktischen Rechtsanwendung werden mithin immer einen ähnlichen Plot⁴⁰² aufweisen.

Dieser Umstand wurde mir bewusst, als ich den Fokus meiner Reflexion von der Klausursituation auf meine praktischen Aufgaben im Vorbereitungsdienst erweiterte. Denn auch wenn ich den Vorteil hatte, dass mir die klar eingegrenzte Modellsituation der Assessorklausur als Orientierungspunkt diente, wollte ich nicht allein über das Schreiben von Assessorklausuren, sondern über Rechtsanwendung als eine praktische Tätigkeit zur Auflösung oder Vermeidung sozialer Konflikte reflektieren. Mein Ziel war es, der Arbeitsweise und dem Wissen des Einheitsjuristen auf die Spur zu kommen und nicht bloß die Herleitung einer erfolgsversprechenden Klausurtaktik. Immerhin wollte ich Jurist werden und

⁴⁰² In diesem Zusammenhang ist es hilfreich, sich die Differenzierung von Plot und Storyline vor Augen zu halten. Edgar von Cossart schreibt hierzu: »Mit ›Story‹ bezeichnet man in der ursprünglichen Bedeutung die reine Handlungsabfolge. Das, was eine Erzählung spannend macht, ist jedoch der ›Plot‹. Das sind die Zusammenhänge, die Verflechtungen der Stränge, die Kausalitäten einer Geschichte.«; von Cossart, *Story Tells, Story Sells*, 2. Aufl. (2015), S. 42.

nicht Klausurenschreiber. Meiner Reflexion lag daher die Auffassung zu Grunde, dass ein tieferes Verständnis der praktischen Rechtsanwendung auch bessere Klausurergebnisse nach sich ziehen würde. Ein guter Klausurenschreiber ist nicht zwingend ein *guter* Rechtsanwender, während ein – nach meinem Verständnis – *guter* Rechtsanwender immer auch ein guter Klausurenschreiber sein wird. Daher bezog ich auch die Aufgaben für meine Praxisausbilder in die Gesamtheit der Situationen der Rechtsanwendung mit ein. So konnten etwa Urteilsentwürfe in der Praxis mit ähnlichen Klausurbearbeitungen auf Gemeinsamkeiten und Unterschiede abgeglichen werden. Schließlich musste ich auch meine Entwürfe in einem bestimmten Zeitrahmen fertigstellen, mit Komplexität, Ungewissheit und Einzigartigkeit umgehen und die Menschlichkeit der Beteiligten auf Ebene des sozialen Konfliktes und auf Ebene der Kommunikation beachten. Im Ergebnis konnte ich auf diese Weise nicht nur meine Erfahrungen der Prüfungsvorbereitung sondern auch die der Praxisarbeit zusammenführen und auf diese Weise weiterführende Erkenntnisse gewinnen.

Der wesentliche Vorteil dieser Herangehensweise besteht darin, dass durch die gedankliche Ausrichtung auf die Gesamtheit an Rechtsanwendungen die Besonderheiten des Einzelfalles in den Hintergrund rücken, während universelle und essenzielle Elemente zu Tage treten. Dabei handelt es sich um Denk- und Handlungsweisen die von uns in der Vielzahl der Rechtsanwendungen *immer wieder* durchlaufen und variiert worden sind, die sich bewährt haben, die funktionieren. Wir reflektieren gerade zu Anfang der systematischen Praxis also darüber, wie unser zielführendes und erfolgreiches Wirken ausgestaltet ist.

Das kann zunächst etwas ungewohnt sein, denn wer zuvor noch nicht gezielt und regelmäßig über sein Denken und Handeln reflektiert hat, wird in aller Regel nur dann reflektiert haben, wenn negatives Feedback ihn dazu veranlasst hat. Wir setzen uns dann damit auseinander, was nicht funktioniert hat und versuchen unsere Fehler zu verstehen, um sie nicht zu wiederholen. Diese Vorgehensweise wird uns auch in unserer Ausbildung und in den Anfängen einer beruflichen Karriere angewöhnt. Insbesondere in der Vorbereitung auf die Staatsprüfungen ist das stän-

dige Gefühl der Unzulänglichkeit teilweise überwältigend und so verwundert es nicht, dass man ständig darüber nachdenkt, wo Defizite liegen und was alles besser laufen müsste. Den Prüfungskandidaten wird zudem kontinuierlich vor Augen gehalten, wie viel Luft nach oben noch vorhanden ist. So wie zum Beispiel in der Bewertung eines mündlichen Vortrages einer meiner AG-Kolleginnen in einer Arbeitsgemeinschaft im Vorbereitungsdienst: »Sie haben zutreffend alle Probleme des Falles erkannt und ansprechend dargestellt. Ihre Lösung entsprach der mir vorliegenden Lösungsskizze. Besser geht es eigentlich nicht. Zwar haben Sie etwas zu lange gesprochen, doch bewerte ich den Vortrag insgesamt *noch* mit 10 Punkten. Allerdings mit Bauchschmerzen!« Man ist geneigt, zu fragen, was meine vortragende AG-Kollegin wohl alles falsch gemacht hat. Man sollte sich jedoch vielmehr fragen, was meine AG-Kollegin alles richtig gemacht hat, um einen ansprechenden Vortrag zu halten, dessen Inhalt nahezu perfekt war (und welcher mit Sicherheit wesentlich besser hätte bewertet werden müssen). Denn hieraus lässt sich viel lernen. Lag es an ihrer guten Vortragstechnik? Verfügte sie in diesem Einzelfall über besonders ausgeprägtes Fachwissen? Lag es vielleicht an ihrem kompetenten Umgang mit Gesetz und Kommentar? Herangehende professionelle Rechtsanwender sollten demnach insbesondere auch darüber reflektieren was *gut* funktioniert, warum das so ist und was man daraus lernen kann. Merkwürdigerweise hört man unter Examenskandidaten immer wieder die Geschichte, man habe die Klausur erhalten, sei schockiert gewesen, weil man so etwas noch nie gesehen und Ähnliches nicht gelernt habe, man habe sich dann jedoch zusammengerissen, angefangen zu schreiben und schließlich eine der besten Klausuren überhaupt verfasst.⁴⁰³ Wer diese Erfahrung *unreflektiert* hinnimmt, beraubt sich wichtigster Erkenntnisse.

Um in die systematische reflexive Praxis einzusteigen, sollten Sie also zunächst über vergangene Anwendungssituationen nachdenken. Erzählen Sie sich hierzu die Geschichten Ihrer subjektiven Erfahrungen. Reflektieren Sie zunächst über eine Vielzahl gleichartiger Anwendungs-

⁴⁰³ Ein wichtiger Gesichtspunkt, auf den mich dankenswerterweise Frau Professor Dauner-Lieb, aufmerksam gemacht hat.

situationen. Beziehen Sie dann auch unterschiedlichste Anwendungssituationen in diese Vielzahl mit ein.⁴⁰⁴ Reflektieren Sie darüber, wie sich alle Ihre Geschichten der subjektiven Erfahrungen von Rechtsanwendungen ähneln und welche Rolle dem Umgang mit den elementaren Rahmenbedingungen der Rechtsanwendung dabei zukommt. Fassen Sie die Vielzahl ihrer Erfahrungen schließlich gedanklich zu einer Gesamtheit zusammen, indem Sie Gemeinsamkeiten und Unterschiede im Hinblick auf solche Denk- und Verhaltensweise identifizieren, die sich bewährt haben und funktionieren. Versuchen Sie auf diese Weise Ihre eigene Theorie des Denkens und Handelns der praktischen Rechtsanwendung zu artikulieren.

Die eigene Theorie fortentwickeln

Eine eigene Theorie von praktischer Rechtsanwendung zu haben, bedeutet, dass man eine Vorstellung davon hat, wie das eigene professionelles Wirken bestenfalls vonstatten geht. Blicken wir jedoch auf die Vielzahl unserer Erfahrungen zurück, wird ersichtlich, dass in der Regel eine Diskrepanz zwischen unserem idealisierten Verlauf und dem tatsächlichen Verlauf im Einzelfall besteht. Wir schaffen es nicht, unsere Tätigkeit stets so gut auszuüben, wie wir es gerne würden und unter optimalen Umständen könnten. Hinzu kommt, dass die Tätigkeit der praktischen Rechtsanwendung derart umfangreich, vielfältig und komplex ist, dass unsere eigene Theorie praktischer Rechtsanwendung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht vollständig und an mancher Stelle gewiss auch unzutreffend ist.⁴⁰⁵ Unsere Theorie entspricht somit wiederum nicht einer hypothetischen objektiv-idealen Theorie praktischer Rechtsanwendung. Dass wir uns dessen nicht immer bewusst sind und dieser Umstand im Einzelfall keine erheblichen Auswirkungen haben muss, ändert daran nichts.

Daraus folgt, dass es für eine systematische reflexive Praxis nicht ausreichen kann, wenn wir lediglich unsere Theorie von praktischer

⁴⁰⁴ Sollten Sie sich in der Vorbereitung auf ein Staatsexamen befinden, versuchen Sie auch praktische Erfahrungen mit in Ihre Überlegungen miteinzubeziehen.

⁴⁰⁵ Vgl. hierzu die Ausführungen auf S. 47 m. w. Nw.

Rechtsanwendung artikulieren. Wir müssen das Artikulierte auch in Frage stellen und anpassen können. Denn mit einer systematischen reflexiven Praxis wir wollen unser professionelles Wirken nicht lediglich beschreiben, sondern es *ergründen* und *verbessern*. Entscheidend ist daher, dass Sie Ihre Theorie von praktischer Rechtsanwendung als intellektuelle Hypothese auffassen.⁴⁰⁶ Es handelt sich somit um eine unvollkommene Annahme, wie Sie ihre Tätigkeit grundsätzlich durchführen. Auf diese Weise erlangen Sie das Bewusstsein dafür, dass Sie Ihre Tätigkeit besser ausüben könnten, ganz gleich, wie gut es Ihnen grundsätzlich schon gelingen mag.

Schreiten wir in der systematischen reflexiven Praxis voran, akzeptieren wir mithin, dass nicht nur unsere Theorie von praktischer Rechtsanwendung unvollkommen ist, sondern auch unser Denken und Handeln selbst. Doch zweifeln wir deswegen nicht an uns selbst und an unserem Wirken. Wir vertrauen weiterhin auf uns selbst, denn wir wissen auch, dass unsere Theorie auf dem aufbaut, was in der Gesamtheit unserer subjektiven Erfahrungen von Geschehen der praktischen Rechtsanwendung funktioniert und sich bewährt hat. So können wir schließlich die für eine ertragreiche systematische reflexive Praxis erforderliche Geisteshaltung einnehmen. Wir wissen zunächst einmal nicht, *wie* es besser geht, sondern nur, *dass* es eventuell besser gehen könnte. Wir gehen mithin davon aus, dass eine objektiv-ideale Theorie von praktischer Rechtsanwendung geben kann, mit der wir unsere eigene Theorie abgleichen und gegebenenfalls Anpassungen vornehmen können. Unser Ziel ist schließlich, eine individuell-ideale Theorie praktischer Rechtsanwendung zu entwickeln.

Wem das zu abstrakt ist, der nehme sich ein Vorbild, gleich ob eine reale Person oder eine Fiktion. So habe ich mich etwa in meiner systematischen reflexiven Praxis zur Vorbereitung auf das zweite Staatsexamen an dem von mir fingierten Leitbild des idealen Einheitsjuristen orientiert.⁴⁰⁷ Dabei ging ich von der Annahme aus, dass man in einer Klau-

⁴⁰⁶ Argyris/Schön, *Theory in Practice*, 1974, S. 5.

⁴⁰⁷ Hierzu inspiriert durch die juristische Figur des idealtypischen Fahrzeugführers im Straßenverkehr; vgl. statt aller BGH NJW 2006 896, 898 m. w. Nw.

sur theoretisch 18 Punkte erreichen kann, jedoch schon 16 Punkte in aller Regel kaum zu erreichen sind. Die Leistungen des idealen Einheitsjuristen würden jedoch regelmäßig mit 16 Punkte bewertet werden. Denn dieser würde stets mit der äußerst möglichen Sorgfalt handeln; er würde so gut wie keine Fehler machen und würde jeder Anwendungssituation mit angemessenem, geistesgegenwärtigem und vorausschauendem Handeln begegnen.

Sofern Sie in der beruflichen Praxis tätig sind, können Sie auf Grundlage dieses idealen Einheitsjuristen Ihre eigenes Leitbild fingieren. Denn die Tätigkeit des idealen Einheitsjurist ist die ideale Grundform juristischen Wirkens. Stellen Sie sich nun Ihre Tätigkeit als die Variation dieser idealen Grundform vor. Sie sollten sich folglich einen Rechtsanwender in Ihrer Rolle vorstellen, der *jeden erdenklichen Fall, mit dem er im Zusammenhang mit dieser Rolle konfrontiert wird, einer angemessenen Lösung zuführen kann und dabei eine nahezu perfekte Arbeitsweise an den Tag legt*. Wer beispielsweise als Richter an ordentlichen Gericht tätig ist, stelle sich den *idealen* Richter am ordentlichen Gericht vor. Wer hingegen als Fachanwalt für Verwaltungsrecht tätig ist, stelle sich den *idealen* Anwalt im Verwaltungsrecht vor. Das konkret individuelle Leitbild oder Ideal richtet sich folglich nach der eigenen Situation und dem daraus resultierenden Bedarf.

Es mag sein, dass Ihnen als erfolgreicher und/oder erfahrener Praktiker die Vorstellung eines Vorbildes befremdlich vorkommen wird. Ferner könnten Sie den Einwand erheben, dass man die ideale Rechtsanwendung doch selbst durchführen könne, wenn man eine Vorstellung von ihr habe. Dieser Schluss greift allerdings zu weit. Das fingierte Leitbild eines idealen Rechtsanwenders in unserer Rolle steht letztlich für eine objektiv-ideale Theorie von praktischer Rechtsanwendung. Verfügen wir über ein solches Leitbild, tragen damit dem Umstand Rechnung, dass unsere Theorien unseres Denkens und Handelns der praktischen Rechtsanwendung nicht unbedingt zutreffen muss und dass sie auf keinen Fall vollständig sein kann. Wir reflektieren über dieses Leitbild, weil *wir gerade nicht* wissen, wie die objektiv-ideale praktische Rechtsanwendung verläuft.

SOBALD SIE für sich selbst eine hinreichende Theorie der praktischen Rechtsanwendung artikuliert haben und sich bewusst gemacht haben, dass diese Theorie stets angepasst und angereichert werden kann, besteht der nächste Schritt einer systematischen reflexiven Praxis darin, sich damit auseinanderzusetzen, inwiefern man selbst sein professionelles Wirken anpassen und verbessern sollte. Dazu machen wir uns auf die Suche nach Inhalten, die uns entsprechenden Denk- und Verhaltensweisen vermitteln. Äußerst hilfreich ist nämlich die Tatsache, dass es einen immens reichhaltigen Bestand an juristischer wie nicht-spezifisch juristischer Fachliteratur gibt, dem sich zumindest Hinweise auf eine objektiv-ideale Vorgehensweise zur praktischen Rechtsanwendung entnehmen lassen. Zum Beispiel erkannte ich im Rahmen meiner reflexiven Praxis, dass ich zur Abwägung im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht einfach Argumente aus dem Sachverhalt aneinanderreihen durfte. Meine eigene Vorgehensweise *störte* mich. Beim kritischen Lesen meiner Argumentationen, wurde mir klar, dass ich das besser machen müsste, wollte ich ein besserer Rechtsanwender sein. Ausgehend von der Frage, wie der ideale Einheitsjurist wohl vorgehen würde, recherchierte ich schließlich, wie ich die Argumentation durch Verwendung bestimmter Argumentationsmuster vorstrukturieren konnte. Ich lernte dazu und passte mein Denken und Handeln im Einzelfall an.⁴⁰⁸ Ich entwickelte meine Theorie praktischer Rechtsanwendung fort zu einer individuell-idealen Theorie. Diese legte ich meinem Denken und Handeln in neuen Situationen praktischer Rechtsanwendung zu Grunde und wurde so besser in dem, was ich tat.

An dieser Stelle schließt die Endlosschleife, mit der sich die systematische reflexive Praxis in Anlehnung an die bereits präsentierte Endlosschleife des Machens beschreiben lässt:

⁴⁰⁸ Spuren dieses Prozesses sowie Hinweise auf die von mir verwendete Literatur finden Sie in meiner vollständigen Liste im Appendix.



Der systematischen Reflexion gehen die subjektiven Erfahrungen praktischer Rechtsanwendung voraus. Über sie reflektieren wir. Wir fassen unsere Erfahrungen zusammen und bilden uns eine Theorie unserer praktischer Rechtsanwendung. Wir inspizieren unsere Erfahrungen und unsere Theorie. Wir vergleichen sie miteinander und mit objektiv-besseren Theorien. Gegebenenfalls verändern wir unser Verhalten oder verfestigen es, wenn wir das Recht erneut anwenden. Daraus folgt jedoch nicht, dass wir nach einer Übung systematischer Reflexion sofort besser werden. Es kann durchaus sein, dass wir unsere individuell-ideale Theorie von praktischer Rechtsanwendung im Einzelfall nicht umsetzen können. Doch entscheidend ist, dass wir versuchen, uns zu verbessern und *gute* Rechtsanwendung in die Tat umzusetzen. In einer systematischen reflexiven Praxis stellen wir mithin opportunistische, pragmatische Erwägungen an und üben uns in *maßvollem* Idealismus sowie Ehrlichkeit uns selbst gegenüber. Es geht nicht darum, dass wir einer Wunschvorstellung von einem perfekten Rechtsanwender naheiefern, sondern uns selbst einen Maßstab *guter* Rechtsanwendung auferlegen, der uns zu guten Leistungen anregt und gleichzeitig das Streben nach langfristiger intellektueller Fortentwicklung stimuliert.

An dieser Stelle will ich Sie nochmal auf mögliche Auswirkungen des professionellen Selbstverständnisses von Juristen hinweisen. Begreifen wir nämlich die Rechtsanwendung ausschließlich als die Anwendung eines objektiven Verfahrens, dann erscheint die Aufforderung, sich selbst eine persönliche Idealvorstellung von der praktischen Rechtsanwendung zu machen und diese so gut es eben geht umzusetzen höchst seltsam. Denn nach einem solchen Verständnis gibt es das perfekte Verfahren und unsere Aufgabe besteht darin, dieses Verfahren in die Tat

umzusetzen. Dass wir dabei eigene Überlegungen dazu anstellen, was *gut* ist, was funktioniert, was wir umsetzen wollen und – vor allem – können, ist dabei nicht vorgesehen. *Selbstbewusstsein* und eine persönliche Vorstellung von dem was gut ist, spielen dann keine Rolle. Meiner Ansicht nach, ist dies nicht von Vorteil und wir tun gut daran, das Wesentliche aus den Augen zu verlieren. Wir müssen unsere *Aus-* wie *Fort-*bildung selbst in die Hand zu nehmen. In dieser Hinsicht können Juristen von (professionellen) Jazz-Musikern lernen, wie dieser Ausschnitt aus Paul F. Berliners umfassender Studie »Thinking in Jazz« zeigt:

... budding artists take control of their own music education with what must seem to them to be daring assertiveness. »When I was learning, you heard people play things that sounded nice and you thought about what you were playing,« Art Farmer recalls. »You thought about how you sounded and how you would like to sound, and you went home, and you worked on it.« [Wynton] Marsalis is equally adamant. »There's so much information out there for you to get access to, if somebody has to tell you how to get it, you don't deserve it. You know what it is; you've got to get it. If you hear somebody say ›Man, I think so and so is really great,‹ then you listen to that person and decide for yourself. You don't take anything for granted.«⁴⁰⁹

Erkennen Sie die Parallelen zu einer reflexiven Praxis für Juristen? Man frage sich, wie man das Recht anwendet und wie man es selber *gut* anwenden kann. Man schaue wie andere es machen, suche sich die Informationen, wie es besser gehen könne und arbeite daran, stetig und ohne dass man dazu in besonderer Art und Weise veranlasst werden müsste.

⁴⁰⁹ Berliner, *Thinking in Jazz*, 1994, S. 59. Meine Übersetzung lautet: »... herangehende Künstler nehmen ihre musikalische Ausbildung mit einer Selbstsicherheit in die Hand, die ihnen selbst gewagt vorkommen muss. ›Als ich lernte, hörtest Du Leute Sachen spielen, die sich gut anhörten und du dachtest darüber nach, was sie spielten,‹ erinnert sich Art Farmer. ›Du dachtest darüber nach, wie du dich anhörst und wie du dich gerne anhören würdest, und dann gingst du nach Hause und fingst an, daran zu arbeiten.‹ [Wynton] Marsalis ist ebenso unerbittlich. ›Es gibt so viel Information da draußen, die du dir holen kannst. Wenn dir jemand sagen muss, wie, verdienst du es nicht. Du weißt, was es ist; du musst es dir holen. Wenn du jemand sagen hörst: ›Mann, ich denke dieser und jener ist wirklich super,‹ dann hörst Du dir denjenigen an und entscheidest selbst. Du nimmst nichts als gegeben hin.«

Denkweisen der reflexiven Praxis

Die von mir vorgeschlagene systematische reflexive Praxis umfasst folgende Denkweisen.

Erstens denken wir über eine vergangene, konkrete Anwendungssituation nach und versuchen uns die Geschichte unserer subjektiven Erfahrung zu erzählen. Dazu kann man sich etwa folgende Fragen stellen: Wie habe ich den letzten Klageschriftsatz erstellt? Was ist passiert? Wo habe ich gezögert, wo gezweifelt? Was war gut? Was war schlecht? Wie war der Erkenntnisverlauf? Was musste ich lesen? Was habe ich notiert? Was ist aus meinen Notizen geworden? Was hätte besser laufen können oder gar müssen? Welche Auswirkungen hatte der Schriftsatz? Wie wurde er von den sonstigen Beteiligten aufgenommen? Konnte ich meinen Sinn vermitteln? Und so weiter.

Zweitens denken wir über eine Vielzahl an Situationen der Rechtsanwendung nach und versuchen sie gedanklich zu einer Gesamtheit zusammenzufassen. Dabei abstrahieren wir gewissermaßen die Besonderheiten der Einzelsituation, um Gemeinsamkeiten und Unterschiede der aller Situationen insgesamt zu identifizieren. Wir isolieren mithin den wiederkehrenden Plot, der allen Geschichten unserer subjektiven Erfahrungen des Geschehens der praktischen Rechtsanwendung zu Grunde liegt. Auf diese Weise artikuliert man seine eigene Theorie der praktischen Rechtsanwendung. Zum Beispiel kann man hierzu über die letzten 20 Urteile reflektieren, die man im Rahmen seiner Tätigkeit als Richter zu verfassen hatte. Daraus folgert man dann, wie man grundsätzlich Denken und Handeln muss, um ein *gutes* Urteil zu verfassen. Dabei fragt man sich: Welche Rolle spielen die elementaren Rahmenbedingungen der Tätigkeit? Wie prägen sie grundsätzlich meine Erfahrung der Situationen? In welcher Hinsicht unterscheiden sich die Geschehen dieser Rechtsanwendungen? Was ist ihnen gemein? Was nehme ich aus dieser Perspektive grundsätzlich als wichtig, was als unbedeutend wahr? Welche formellen, formalen, materiellen, methodischen und/oder theoretischen Inhalte wiederholen sich? Welche Inhalte wiederholen sich nicht? Gibt es im Hinblick auf die Gesamtheit der Anwendungen Unstimmigkeiten? Und so weiter.

Drittens denken wir unsere Theorie von praktischer Rechtsanwendung in Hinblick auf ein Leitbild oder Ideal weiter. Wir wissen, dass unsere Theorie von praktischer Rechtsanwendung nicht vollständig und auch nicht vollständig zutreffend sein kann. Wir wissen auch, dass es objektive Inhalte und Theorien zur praktischen Rechtsanwendung gibt, deren Implementierung unsere Vorstellung von unserer Tätigkeit sinnvoll ergänzen und/oder verändern können. Wir akzeptieren, dass es eventuell besser ginge und dass wir der *guten* Rechtsanwender immer noch ein Stück näher kommen können, ganz gleich wie nah wir an Ihr dran sein mögen. Wir entwickeln unsere Theorie praktischer Rechtsanwendung fort und versuchen die daraus resultierende individuell-ideale Theorie in den auf die Reflexion folgenden Anwendungssituation in die Tat umzusetzen. So entsteht eine Wechselwirkung zwischen unserer Theorie und unserem Wirken.

Sobald unsere individuell-ideale Theorie eine gewisse Sättigung erreicht hat, können wir – *viertens* – losgelöst von konkreten vergangenen Anwendungssituationen, mit dieser Theorie weiter denken. Wir können unser zukünftiges Erleben und Verhalten antizipieren und analysieren. Wir lernen, zukünftige Anwendungssituationen in Gedanken zu simulieren. Die systematisch reflexive Praxis umfasst von diesem Punkt an auch in die Zukunft gerichtete Gedankenexperimente: »Was mache ich in einer Gerichtsverhandlung, wenn ...?«, »Sollte ich meine Schriftsätze zukünftig nicht besser ...?«, »Ich glaube, dass ich bisher eine falsche Auffassung davon hatte, was der Entwurf eines Schriftsatzes ist, wie man ihn erarbeitet und schließlich finalisiert; sollte ich nicht besser mal ...?« Hierbei handelt es sich nicht nur um die letzte Stufe der reflexiven Praxis sondern auch um die für wohl erstrebenswerteste. Denn von diesem Punkt an, ist auch die mentale Simulation zukünftiger Anwendungssituationen fester Bestandteil unserer reflexiven Praxis, und so können wir allein durch das Nachdenken über die Rechtsanwendung der *guten* Rechtsanwendung näher kommen.

Die Liste als Mittler der systematischen reflexiven Praxis

In den vorangegangenen Abschnitten habe ich dargelegt, wie Sie sich in eine systematische reflexive Praxis hineindenken können. Problematisch ist dabei jedoch, dass dieses Nachdenken über das eigene Denken von sich aus genauso unstrukturiert ist, wie das Denken selbst. Es handelt sich um hochkomplexe, individuelle Vorgänge. Folglich kann ich Ihnen nicht einfach *vorschreiben*, wie Sie zu denken haben. Der Wirkungsgrad einer Anleitung zu einer *Denkweise* wird daher eher gering sein. Daher werde ich Sie nach den relativ abstrakten Ausführungen zu den Denkweisen in der reflexiven Praxis zu einer Tätigkeit anregen, die eine bestimmte Art und Weise der Auseinandersetzung mit Ihrer Tätigkeit der praktischen Rechtsanwendung provoziert. Dazu werde ich Ihnen ein *Reflexionsmedium* vorstellen, also ein die zur Reflexion notwendigen Denkweise vermittelndes Element. Die Auseinandersetzung mit diesem Medium wird eine bestimmte Art des Denkens und Erfahrens der Grundlage des eigenen Wirkens provozieren. Sie werden anfangen, in *sachlichen* und *zeitlichen Relationen* zu denken und dadurch ihre Erfahrungen mit ihrem Wissen zu verknüpfen.

Die Vielfalt möglicher Reflexionsmedien ist enorm und die nachfolgend angeführten Beispiele willkürlich. So könnte ich an die Ausführungen zum Schreiben für sich selbst anknüpfen und Ihnen differenzierte Fragenkataloge anbieten, die Ihre systematische reflexive Praxis anleiten würden. Ferner könnte ich Ihnen Regeln und Muster für die Anfertigung eines persönlichen Tagebuchs, eines Arbeitsjournals oder eines Portfolios vorgeben.⁴¹⁰ Schließlich könnte ich Ihnen mit Blick auf Ihren persönlichen Arbeitsablauf (»workflow«) die Erstellung von Flussdiagrammen oder prozessorientierten Concept-Maps⁴¹¹ nahelegen. Sämtliche dieser

⁴¹⁰ Vgl. hierzu: Bräuer, Das Portfolio als Reflexionsmedium, 2014, S. 30 ff.

⁴¹¹ Konzepte sind regelmäßige Ereignisse oder Gegenstände, welche durch einen Begriff oder ein Label bezeichnet sind. Konzepte können durch eine Beziehung verbunden werden. Eine derartige Verbindung nennt sich dann Proposition, zum Beispiel kann das Konzept »Menschlicher Körper« über die Proposition »besteht aus« mit dem Konzept »Körperteilen« verbunden werden. Auf diese Weise kann man ganze Konzept-Netzwerke oder eben »concept maps« anlegen. Siehe zu Concept-Maps: Novak/Gowin, Learning how to Learn, 23rd ed. (2008); Novak, Learning, Creating, and Using Knowledge, 2nd Ed. (2010); Davies, Higher Education, Vol. 62 (2011), 279-301.

Möglichkeiten habe in Betracht gezogen und getestet, doch keine konnte mich völlig überzeugen. An dieser Stelle möchte ich keine fundierte Evaluation einzelner Reflexionsmedien leisten; ich bin der Ansicht, dass jedes für sich genommen durchaus ein hilfreiches intellektuelles Werkzeug darstellt, dass Sie durchaus für sich persönlich übernehmen könnten. Dennoch glaube ich, ein *offensichtlich* besseres Werkzeug zur systematischen Reflexion über die praktische Rechtsanwendung gefunden zu haben. Daher nur einige kurze Bemerkungen zu den genannten Varianten.

Fragenkataloge sind grundsätzlich dazu geeignet, das Denken in gewisse Bahnen zu lenken. Auf diesen Effekt habe ich etwa mit den oben aufgeführten Schreibaufgaben abgezielt. In der reflexiven Auseinandersetzung mit konkreten Fragestellungen werden Sie dazu angeregt, sich selbst in Bezug zu den jeweiligen Themen, Situationen und Gedanken zu setzen. Entscheidender Nachteil ist jedoch, dass die Zusammenstellung eines Fragenkataloges voraussetzt, dass man die Bandbreite möglicher Antworten kennen muss, um einschätzen zu können, welche Fragen eine langfristige systematische reflexive Praxis ermöglichen könnten. Insofern ist es für den Reflektierenden ohne Erfahrung mit reflexiven Praktiken nur wenig aussichtsreich, sich einen sinnvollen Fragenkatalog herzustellen. Da ich Ihnen keinen individualisierten Fragenkatalog erstellen kann, ohne Ihre persönliche Situation und Rolle als Rechtsanwender zu kennen, wären Sie somit auf externe Hilfe eines Mentors oder Coaches angewiesen, wollten Sie das Medium Fragenkatalog effektiv nutzen.

Flussdiagramme und Concept-Maps hingegen verfügen jeweils über eine eigene, prägende Meta-Struktur. So setzten sie grundsätzlich die grafische Anordnung und Verbindung ihrer Elemente voraus. Zum Einsatz kommen Pfeile, Kästen, Kreise, Verbindungslinien etc. Ihre abstrakte Form macht damit eine gewisse Form der Auseinandersetzung mit dem eigenen Denken erforderlich. Jedoch ist es gerade die mangelnde Flexibilität dieser Meta-Strukturen, die einen Einsatz in der reflexiven Praxis erschwert. Mit einem Flussdiagramm lassen sich sequenzielle Abfolgen von Prozessen oder Tätigkeiten sehr gut darstellen. An die Grenzen der Tauglichkeit gerät man jedoch, wenn man versucht, rekursive, adaptive und wechselseitige Prozesse darzustellen. Ein komplexes Flussdiagramm wird dann schnell unübersichtlich und mithin wertlos für die

Reflexion. Ähnlich liegen die Dinge bei der Concept-Map, die ursprünglich zur Darstellung von sogenanntem konzeptuellem Wissen gedacht war. Hier werden hierarchisch angeordnete Konzepte durch sinnhafte Relationen verbunden. Kompliziert wird es jedoch, wenn man versucht, Abläufe abzubilden, die keiner festen Reihenfolge entsprechen und je nach Kontext unterschiedliche Relationen zueinander aufweisen. Damit soll nicht gesagt werden, dass dies nicht möglich ist, nur gehen entsprechende Versuche auf Kosten der Übersichtlichkeit und darüber hinaus werden Rechtsanwender von derlei technisch-graphischen Problemen von der Reflexion eher abgehalten als zu ihr angeregt. Flussdiagramme und Concept-Maps sind mithin Reflexionsmedien, die losgelöst vom konkreten Inhalt zu viel Aufmerksamkeit des Anwenders erfordern.

Weitaus zugänglicher sind Tagebücher, Arbeitsjournale und Portfolios, welche seit einiger Zeit Forschungsgegenstand der Pädagogik und hier insbesondere der Didaktik sind.⁴¹² Sofern Sie das von mir empfohlene Anwendungs-Logbuch in die Tat umsetzen, werden Sie gleichwohl feststellen, dass diese Medien Schwächen aufgrund einer fehlenden Meta-Struktur aufweisen; Tagebücher, Journal und Portfolios machen für sich genommen keine Vorgaben für die Form und den Inhalt einer Aufzeichnung. Eventuell wird genau dieser Umstand Sie davon abgehalten haben, ein Logbuch zu führen (»Und was soll ich jetzt aufschreiben?«). So bleibt es an dem Reflektierenden, seinen Aufzeichnungen von Erfahrungen, Lernprozessen und (Lern-) Zielen eine Struktur zu geben, die ihrerseits neue Erkenntnisse zu Tage fördern könnte. Dies setzt den Wirkungsgrad für eine systematische Reflexion über die praktische Rechtsanwendung mit diesen Medien empfindlich herab.

Insgesamt können wir also Folgendes festhalten: Beabsichtigt ist, Sie als Reflektierenden mit den zur systematischen Reflexion notwendigen Denkweise durch Einsatz eines vermittelnden Elementes zu konfrontieren. Die genannten Reflexionsmedien werden diesem Sinn und Zweck jedoch nicht gerecht, da sie allesamt erfordern, sich zunächst vertieft mit dem Medium selbst auseinanderzusetzen. Ihnen fehlt es insofern an der *Unmittelbarkeit der Vermittlung*.

⁴¹² Einen sehr guten Überblick zum Stand der Forschung gibt Bräuer, Das Portfolio als Reflexionsmedium, 2014. Siehe außerdem Bolton, Reflective Practice, 2014.

Unser Reflexionsmedium muss offen genug beschaffen sein, um leichten Zugang und flexiblen Umgang zu gewährleisten. Gleichzeitig sollte es eine strukturelle Geschlossenheit aufweisen, welche die systematische reflexive Praxis erleichtert, anregt und lenkt. Ich bin der Ansicht, dass eine *Liste* genau diesen Anforderungen entspricht und war erstaunt, dieses Medium nicht im einführenden Schrifttum zu reflexiven Praktiken finden zu können. Die Liste ist ein geistiges Werkzeug von nahezu unübertroffen reduzierter Formgestalt. Doch ihr entscheidender Vorteil ist, dass sie im Gegensatz zu den vorab genannten Medien, auf besondere Art und Weise mit dem menschlichen Denken und der deduktiven Begründungsstruktur der Rechtsanwendung verknüpft ist. Aufgrund ihrer einfachen Gestaltung, reicht es aus, sich einmal vor Augen zu führen, was eine Liste zeigen kann und wie sie eingesetzt werden kann. Danach lässt sich das volle Potenzial dieses geistigen Werkzeugs erahnen. Hierzu werfen wir zunächst einen Blick auf eine *Rohform* meiner Liste, welche aus meiner systematischen reflexiven Praxis hervorgegangen ist:

Im Vorfeld der Rechtsanwendung

- Zweck der Bearbeitung und Adressaten der Darstellung vergegenwärtigen
- Rahmenbedingungen der Rechtsanwendung berücksichtigen
- Unterscheidung Her- und Darstellung der rechtlichen Lösung

Herstellung der rechtlichen Lösung. Rechtliche Würdigung

- Herantasten an den Sachverhalt
 - Vorbereitung der Entscheidungsgrundlage
- Mögliche Probleme benennen, ordnen, strukturieren
- Formalia bestimmen
- Rechtssatz suchen, finden, benennen
 - Suchlesen
- Mögliche Bestandteile der Lösung benennen, ordnen, strukturieren
- Rechtlich Prüfung im engeren Sinne
 - Auslegungslesen
 - Auslegung

- Auslegungsnotwendigkeit
- Definitionen
- Auslegungsmethoden
- Rechtsanwendung im Lückenbereich
- Wahrung des Sachverhaltbezugs: Subsumtion
- Tatsachen feststellen
- Entscheidungen treffen, wenn eindeutige Rechtsfolgenanordnungen fehlen
- Arbeitswerkzeuge und Hilfsmittel verwenden
- Problemerkörterung und Argumentation
- Prüfung der Lösung
- Mit der Lösung weiterdenken

☞ Fahrplan für die Darstellung der rechtlichen Lösung erstellen ☞

Darstellung der rechtlichen Lösung. Die Niederschrift

- Anforderungen der konkreten Anwendungssituation bewusst machen
 - Stilrichtung
- Grundsätze zur Darstellung des Sachverhalts vergegenwärtigen
- Actio/Entäußerung

Es mag sich zunächst leichte Ernüchterung eingestellt haben; die Liste mutet unkonkret, stellenweise willkürlich, lückenhaft, banal oder gar trivial an. Ferner entsteht der Anschein eines Widerspruches: Bisher habe ich verstärkt darauf hingewiesen, dass wir die praktische Rechtsanwendung nicht bloß als eine Sequenz von Arbeitsschritten zur Lösung eines rechtlichen Problems auffassen dürfen und nun präsentiere ich eine Liste, die sich als sequenzielle Handlungsanweisung zur Lösung eines rechtlichen Problems lesen lässt.

Doch gibt es *keinen zwingenden Grund* die Liste so und nicht anders zu interpretieren.⁴¹³ Meine Liste ist weder Prüfungsschema, Checkliste,

⁴¹³ Man beachte, dass die Einträge der Liste eben aus diesem Grund nicht mit Ziffern versehen sind (1. ... 2. ... 3. ...), da eine Nummerierung zur Folge hätte, dass man die Einträge als in einer bestimmten Abfolge feststehend auffasst.

Triggerliste⁴¹⁴ noch Handlungsanweisung. Für mich repräsentiert sie meine individuell-ideale Theorie der praktischen Rechtsanwendung und zeigt mir die Gesamtheit meiner mental rekonstruierten sowie simulierten Rechtsanwendungen. Dadurch wird sie für mich zu einem Bezugsrahmen für rechtlich relevante Information jeglicher Art.⁴¹⁵ Für mich beweist sie, dass praktische Rechtsanwendung sehr viel mehr ist, als Auslegung und Subsumtion. Sie lässt mich erahnen, was wohl zur Ausbildung von Urteilskraft erforderlich ist. Sie ist das Ergebnis meiner wiederholten Reflexion über die praktische Rechtsanwendung und steht für eine geordnete Auseinandersetzung mit dem eigenen Wirken.

Um all dies in der so schlichten Anordnung von Wörtern und Sinneinheiten auf der Fläche des Papiers sehen zu können, müssen wir die Struktur der Liste im Allgemeinen und schließlich im konkreten Fall analysieren.

Allgemeine strukturelle Merkmale einer Liste

Sehen wir uns zunächst die konstanten Strukturmerkmale einer Liste⁴¹⁶ an. Die Liste ist auf der zwei-dimensionalen Fläche des Papiers oder Bildschirms verortet. Inhalte einer Liste können demnach vertikal und horizontal angeordnet werden. Der vertikale Verlauf einer Liste ist *unmittelbar* Ausdruck einer Hierarchie: Das Obenstehende, ist in irgendeiner Weise *vorrangig*. Zwar drückt auch die horizontale Positionierung

⁴¹⁴ Als Triggerliste bezeichnet man Listen, die bestimmte Inhalte aufzählen, um Assoziationen auszulösen. Man könnte insofern von »Auslöselisten« sprechen.

⁴¹⁵ Ich habe den Begriff »Bezugsrahmen« von dem englischen Wort »framework« abgeleitet, welches häufig in Texten zur Lernpsychologie zu lesen ist. Dieser Begriff drückt aus, dass wir uns einen gedanklichen Rahmen schaffen, in dem wir Daten und Informationen einbetten und mit bereits vorhandenem Wissen verknüpfen können. Wer also über einen reichhaltigen und wohlstrukturierten Bezugsrahmen verfügt, wird neue Inhalte schneller und besser integrieren und erfassen können.

⁴¹⁶ Hervorragende Darstellung bei Goody, Woraus besteht eine Liste?, in: Zanetti, Schreiben als Kulturtechnik, 2012, S. 338-396. Bei diesem Aufsatz handelt es sich um die Übersetzung Zanettis des 5 Kapitels aus Goody, The domestication of the savage mind, 1977. Sofern ich mich auf Kapitel 5 aus dieser Monographie beziehe, werde ich nachfolgend nur noch die Übersetzung Zanettis zitieren.

von links nach rechts eine Priorisierung aus, jedoch ist diese Gewichtung eher konventioneller Art⁴¹⁷; es gibt Schreibsysteme (wie etwa das Arabische), die von Rechts nach Links verlaufen, von unten nach oben wird jedoch grundsätzlich nicht geschrieben.⁴¹⁸ Die vertikale Hierarchie ist Jack Goody zufolge eine »natürliche« Form der Priorisierung:

No one, I think, has employed a system of writing that starts at the foot of the page and moves to the top, then jumps to the bottom again. The vertical hierarchy is more compelling, more insistent, than horizontal differentiation; it is the difference between head and foot in one context and right and left in the other.⁴¹⁹

Die Liste hat einen klar umrissenen Anfang und ein ebenso klares Ende.⁴²⁰ Ihre Ordnung beruht, im Gegensatz zu einem Fließtext, auf Diskontinuität⁴²¹, das heißt, auf Abgrenzung, Verknappung und Anordnung der Inhalte und nicht auf der syntaktisch-semanticen Verknüpfung von Sätzen zu einer kohärenten Sinneinheit. Sie bietet eine visuelle Perspektive auf Organisation.⁴²² Freie Flächen und Einzüge erhalten dadurch eine besondere Qualität. Sie lassen internen und externen Grenzen der Liste sichtbar werden und gleichzeitig geben sie den der Liste zu Grunde gelegten, gegenständlichen Ordnungskriterien eine neue, abstraktere Form.⁴²³ Da die Anordnung selbst Relationen und Kontexte mit sich bringt, ermöglicht die Diskontinuität der Liste eine Reduktion der einzelnen Inhalte - manchmal reichen ein einzelnes Wort oder sogar nur ein einfaches Symbol. Listen sind daher auch nicht an Sprache

⁴¹⁷ Goody, *The domestication of the savage mind*, 1977, S.130.

⁴¹⁸ Goody, *The domestication of the savage mind*, 1977, S.130.

⁴¹⁹ Ebd. Meine Übersetzung lautet: »Ich denke, dass niemand ein Schreibsystem verwendet, dass am Ende einer Seite beginnt, nach oben fortgeführt wird und schließlich an das Ende der nächsten Seite springt. Die vertikale Hierarchie ist zwingender, eindringlicher als die horizontale Differenzierung; es ist der Unterschied zwischen Kopf und Fuß in einem Kontext und der von linker und rechter Seite in einem anderen.«

⁴²⁰ Goody, Woraus besteht eine Liste?, in: *Zanetti*, Schreiben als Kulturtechnik, 2012, S. 338 (349).

⁴²¹ Goody, a. a. O., (348, 360).

⁴²² Vgl. *Elbow*, *The Music of Form*, *College Composition and Communication*, Vol. 57, No. 4 (2006), S. 620 (634).

⁴²³ Goody, a. a. O., S. 338 (349).

gebunden und folglich äußerst flexibel, was die Rezeption möglicher Inhalte angeht.

Bei der Zweidimensionalität, der Limitierung und der Diskontinuität der Liste handelt es sich um archetypischen Strukturprinzipien, die losgelöst von ihrem Inhalt zu Tage treten. Der konkrete Sinn und Zweck einer Liste, ist es schließlich, der diese abstrakten Ordnungskriterien spezifiziert.

Besondere Strukturmerkmale einer Liste

Was soll mit der Liste gezeigt werden? Warum soll das geschehen? Ist eine einmalige Aufzeichnung beabsichtigt, oder soll die Liste be- und/oder überarbeitet werden können? Diese Fragen können mit den archetypischen Strukturprinzipien auf unterschiedliche Weise beantwortet werden. Als geistiges Werkzeug sind die Einsatzmöglichkeiten von Listen äußerst vielfältig: Listen können Vorhaben in der Zukunft strukturieren (prospektive Listen), oder die Vergangenheit aufzeichnen (retrospektive Listen).⁴²⁴ Sie können eine einfache Auflistung von Inhalten darstellen (Inventarlisten) oder aber komplexe Verhältnisse begrifflicher Strukturen abbilden (lexikalische Listen).⁴²⁵ Mit Listen können Abfolgen von Handlungen und Prozessen in strikter (Sequenz) oder loser (hierarchische Struktur) Reihenfolge erfasst werden.⁴²⁶ Listen können offen angelegt sein, das heißt dass sie noch nachträglich bearbeitet sowie ergänzt werden können, oder geschlossen, was dazu führt, dass nachträglichen Einträgen keine Geltung mehr zukommen soll.

Listenarten können auch kombiniert werden: Sequenzen werden durch Bezifferungen festgelegt, während in der gleichen Liste Element ohne Ziffern Hierarchien über die Anordnung auf dem Papier vermit-

⁴²⁴ Goody, Woraus besteht eine Liste?, in: *Zanetti*, Schreiben als Kulturtechnik, 2012, S. 338 (347).

⁴²⁵ Ebd.

⁴²⁶ Diese Unterscheidung von Sequenz und Hierarchie entstammt *Flower/Hayes*, College Composition and Communication, Vol. 32 No. 4 (1981), 365 (366 ff.). Diesen Aufsatz finden Sie übersetzt in: *Dreyfurst/Sennwald* (Hrsg.), Schreiben, 2014, S. 35-56. Nachfolgend zitiere ich jedoch das englische Original.

teln. Die Möglichkeiten sind zwar durch die konstanten Strukturprinzipien begrenzt, jedoch in ihrer Kombination nur durch die Vorstellungskraft begrenzt.

Als anschauliches Beispiel möchte ich die von Goody erschöpfend analysierte Einkaufsliste anführen.⁴²⁷ Eine Einkaufsliste ist zunächst einmal eine Aufzählung von zu beschaffenden Waren. Insofern handelt es sich um eine prospektive Inventarliste, da sich ihr Zweck nicht in einer bloßen Aufführung von Gegenständen erschöpft, sondern weil sie zugleich als Plan für künftige Handlungen dient.⁴²⁸ Sie ist verknüpft mit dem Gang zum Einkaufen und dem Heraussuchen der aufgelisteten Gegenstände. Sie wird zumeist als offene Liste angelegt sein, das heißt, dass sie auch noch ergänzt werden kann, wenn ein Gegenstand vergessen wurde oder nachträglich gebraucht wird. Diese Ausgangsform der Einkaufsliste kann nun beliebig elaboriert werden. Sie kann beispielsweise die Waren nach dem Standort im Geschäft (nähe Eingang, an der Kasse) oder in unterschiedlichen Geschäften (Supermarkt, Bäckerei, Metzgerei) anordnen; sie kann durch die Anordnung der Waren unter den Oberbegriff eines jeweiligen Wochentages auch die zeitliche Komponente abbilden, wann was einzukaufen ist.⁴²⁹

Schließlich kann dieselbe Liste auch retrospektive Funktion erfüllen. So kann durch Wegstreichen der eingekauften Waren der Erfolg des Einkaufs bemessen werden; die nicht durchgestrichenen Gegenstände konnten nicht besorgt werden und stehen für das Kochen unmittelbar nach dem Einkauf nicht zur Verfügung. Sie müssen eventuell später besorgt werden. Die retrospektive Liste erspart auf diese Weise die Sichtung sämtlicher Einkäufe und die Erstellung einer von Grund auf neuen Liste.

Das Beispiel der Einkaufsliste, welche die zu besorgenden Waren unter das jeweils zu besuchende Geschäft als Oberbegriff anordnet, zeigt uns die Funktion der horizontalen Anordnung in einer Liste. Unser Einkauf, wird auf diese Weise in verschiedene Stufen oder Phasen eingeteilt. Jeder dieser Stufen oder Phasen sind konstitutive Elemente untergeord-

⁴²⁷ Goody, *The domestication of the savage mind*, 1977, S. 135 ff.

⁴²⁸ Goody, *Woraus besteht eine Liste?*, in: *Zanetti*, *Schreiben als Kulturtechnik*, 2012, S. 338 (347).

⁴²⁹ Goody, a. a. O., S. 135 ff.

net. Das heißt, dass eine Unterordnung von Element nur erfolgt, wenn diese den Bestand des übergeordneten Elementes ausmachen. In unserem Beispiel wäre etwa die Auflistung eines Geschäftes überflüssig, wenn dort keine Waren zu besorgen wären:

- Supermarkt
 - Eier
 - Müsli
 - Milch
 - ...
- Bäcker
 - Schwarzbrot
 - Brötchen
- Metzger

Es wird darüber hinaus ersichtlich, dass die übergeordneten Stufen, die untergeordneten Elemente zusammenfassen. Verfüge ich etwa über die absonderliche Eigenschaft eines perfekten Gedächtnisses für Einkaufswaren, kann mir aus unerfindlichen Gründen jedoch nicht die zu besuchenden Geschäfte merken, schreibe ich mir folgende Liste, um meine Einkaufstour zu planen:

1. Bäcker
2. Supermarkt
3. Baumarkt

Die hier sequenziell dargestellten Phasen meiner Einkaufstour repräsentieren nach meinem Verständnis alle zu besorgenden Waren. Die horizontale Anordnung der Elemente ist mithin für unsere Zwecke ein äußerst nützliches besonderes Strukturmerkmal. Sie erlaubt nämlich die hierarchische Organisation von Verhaltens- und Denkweise adäquat abzubilden, da wir sowohl verschiedene Level als auch ihre nahezu beliebig ausdifferenzierbaren kleineren Elemente darstellen können.⁴³⁰ Für das Denkmuster der Auslegung kann die Liste etwa so aussehen:

⁴³⁰ Vgl. Miller/Galanter/Pribram, Plans and the Structure of Behavior, 1960, S. 13 ff.

- Auslegung
 - Notwendigkeit
 - Definieren
 - Auslegungsmethoden
 - ...
 - Rechtsanwendung im Lückenbereich
 - ...

Das Großartige an dieser Darstellungsform ist, dass die Ausdifferenzierung dem Bedarf angepasst oder sogar völlig weggelassen werden kann, denn schließlich repräsentiert der Oberbegriff »Auslegung« *alle untergeordneten Ebenen und Inhalte gleichzeitig*.⁴³¹

Eine Liste, in welcher Inhalte sowohl vertikal als auch horizontal angeordnet werden, kann auch als eine Sammlung von Listen beschrieben werden.⁴³² Aus dieser Sicht setzt sich die Liste:

1. Vodka
2. Whisky
 - a. Scotch
 - b. Bourbon
 - c. Rye
3. Gin

genau genommen aus zwei Listen zusammen: eine Liste von Spirituosen welche eine weitere Liste von Whiskysorten enthält. An dieser Stelle wird ersichtlich, dass die Liste mit horizontaler Anordnung mit der Darstellungsform der *Tabelle* verwandt ist. Eine Tabelle zeichnet sich durch ihre Einteilung in *Zeilen* und mindestens zwei *Spalten* aus. Die Position eines Inhaltes in Zeile und Spalte drückt eine bestenfalls eindeutige Beziehung zu den anderen Inhalten aus. Sinn und Zweck einer Tabelle ist mithin die Sichtbarmachung der Relationen der Inhalte, welche insbesondere auf Gegensätzen beruht:⁴³³ Ein Inhalt muss beispielsweise *entweder* in Spalte A *oder* in Spalte B eingeordnet werden und muss dann immer in Relation zu anderen Spalte interpretiert werden. Diese Funkti-

⁴³¹ Miller/Galanter/Pribram, Plans and the Structure of Behavior, 1960, S. 15.

⁴³² Ebd.

⁴³³ Vgl. Goody, The domestication of the savage mind, 1977, S. 71 ff.

on der Tabelle kennen Rechtsanwender von der Fertigung eines Aktenauszuges. Hier werden bestimmte Aussagen der Beteiligten in Relation zueinander gesetzt, um sich auf diese Weise einen Überblick über den streitigen Tatsachenstoff zu verschaffen. Die Dimension des Gegensatzes macht die Tabelle einerseits zu einem komplexeren Medium als die Liste, andererseits ist sie dadurch auch weniger flexibel.

Aus all dem folgt, dass die Liste ein äußerst vielseitiges Medium ist; ihrem Sinn und Zweck wird sie durch die Anpassung ihrer konkreten internen und externen Grenzen sowie ihrer gegenständlichen Ordnungskriterien gerecht.

Die Strukturmerkmale einer Liste als Medium der Reflexion über die praktischen Rechtsanwendung

Von den allgemeinen und besonderen Strukturmerkmale einer Liste ausgehend, werden wir uns nun ihrer Verwendung in der systematischen reflexiven Praxis widmen. Wie kann uns die Liste helfen, unsere Erfahrungen zusammenzufassen, Inhalte ins Verhältnis zu setzen und neue Erkenntnisse über unser Wirken zu generieren?

Rufen wir uns zunächst den dritten Schritt hin zu einer reflexiven Praxis zurück ins Gedächtnis. Dort haben wir festgestellt, dass wir praktische Rechtsanwendung auch als eine subjektive Erfahrung eines besonderen Geschehens begreifen können müssen, wenn wir sinnvoll und systematisch über unser professionelles Wirken reflektieren wollen. Prägend für dieses besondere Geschehen ist insbesondere der Faktor Zeit: Jedes Geschehen praktischer Rechtsanwendung hat einen Anfang und nimmt ein Ende. Die Zeit läuft ab und kann nicht künstlich verlängert oder gar zurückgedreht werden. Daraus folgt, dass unsere Wahrnehmung und Deutung des Geschehens ebenfalls zeitlich strukturiert sind.⁴³⁴ Sobald wir eine Situation nicht mit einem Mal erfassen können,

⁴³⁴ Gallagher/Zahavi, *The Phenomenological Mind*, 2nd ed. (2012), S. 77: »We live in a coherent and meaningful world precisely because we are able to navigate through a stream of experience without getting lost - and our other abilities, like our ability to move through space, or to find our way into relationships in the social world, fully depend on our temporal navigations.«

müssen wir mit der Sukzession der Wahrnehmung zurecht kommen.⁴³⁵ Ein Phänomen, dass wir bereits im Zusammenhang mit der Relativität der Interpretation kennengelernt haben: Ich muss zuerst A und dann B wahrgenommen haben ($A \rightarrow B$), um über die Relation von A und B nachdenken zu können ($(A + B) \rightarrow ?$). Angesichts dessen können wir festhalten, dass die der Rechtsanwendung zu Grunde liegenden Denkmuster, Verhaltensweisen und sonstige Elemente nicht nur sachlich sondern auch zeitlich koordiniert werden müssen. Bestimmte Arbeitsschritte und Elemente setzen andere voraus; so kann eine möglicherweise einschlägige Rechtsnorm nicht gesucht werden, soweit nicht minimale Sachverhaltsangaben eingeholt worden sind. Ich kann nicht darüber nachdenken, ob zwischen X und Y ein Kaufvertrag geschlossen worden ist, wenn alles was ich bis zu diesem Punkt erfahren habe ist, dass der X von Y 100 € verlangt. Gemeinhin wird diese Abfolge der Elemente ausschließlich als »sachlogisch« bezeichnet. Aus der Perspektive der Rechtsanwendung als besonderes Geschehen macht es jedoch mehr Sinn, von der *idealen zeitlichen Abfolge* zu sprechen. Diese ist gewissermaßen die ideale Story, also die ideale Handlungsabfolge, einer Geschichte von der praktischen Rechtsanwendung.⁴³⁶ Die ideale zeitliche Abfolge setzt voraus, dass bestimmte Elemente in gewisser Weise durchlebt worden sind, bevor auf nachfolgende Elemente eingegangen werden kann. Insofern gehen sachliche Relationen in den zeitlichen Relationen auf.⁴³⁷ Ein Gedanke und/oder eine Handlung können folglich zu einem optimalen Zeitpunkt erfolgen.

Stellen Sie sich also auf Grundlage der Reflexionen über die Gesamtheit Ihrer Erfahrungen vor, wie Sie die ideale Rechtsanwendung erleben. Stellen Sie sich als eine Situation vor, in der Sie die volle Kontrolle haben und die Herausforderung und Ihr Können in einem ausgewoge-

⁴³⁵ Der Begriff »Sukzession der Wahrnehmung« stammt von Edmund Husserl: »Die Wahrnehmung einer Sukzession setzt also voraus, dass die Beziehungspunkte, die sie einigt, nicht im beziehenden Akte [...] beide »wahrgenommen« sind [...]. Sie setzt andererseits voraus, dass beiden eben nacheinander wahrgenommen sind: Die Wahrnehmung der Sukzession setzt Sukzession der Wahrnehmungen voraus.«; Husserl, Zur Phänomenologie des inneren Zeitbewusstseins, 2013, S. 215.

⁴³⁶ Man mache sich noch einmal die Differenzierung von Plot und Storyline bewusst; von Cossart, Story Tells, Story Sells, 2. Aufl. (2015), S. 42. Vgl. auch Fn. 402.

⁴³⁷ Wie auch der Plot in der Story aufgeht, vgl. auch Fn. 436 und 402.

nen Verhältnis stehen.⁴³⁸ Sie gehen völlig in dieser Situation auf und sind vollkommen fokussiert auf die sich Ihnen stellende Aufgabe.⁴³⁹ Es ist eine Erfahrung von Harmonie: Gedanken und Handlung greifen fließend ineinander.⁴⁴⁰

Diese Vorstellung von einer idealen zeitlichen Abfolge soll uns als Leitfaden dienen. Gleichzeitig bildet sie die *zeitlich-hierarchische Struktur* der Liste. Denken wir über diese zeitliche Hierarchie nach, beginnen wir damit, in zeitlichen und *gleichzeitig* in sachlichen Relationen zu denken.

Wir hatten bereits festgestellt: Qualitatives Zeitmanagement ist eine besondere Form der Reflexion. An dieser Stelle will ich diese Gleichung nun ausdifferenzieren: Eine systematische reflexive Praxis über die praktische Rechtsanwendung ist eine besondere Form des qualitativen Zeitmanagements. Die Suche nach der idealen zeitlichen Abfolge von Elementen hat nämlich einen weiteren Priorisierungseffekt. Die für eine Rechtsanwendung zur Verfügung stehende Zeit ist stets endlich, begrenzt. Daraus folgt, dass eine zeitliche Koordination und Verdichtung der Arbeitsschritte erfolgen muss. Wenn wir mit der Liste reflektieren, stellen wir also nicht nur Überlegungen zur Platzierung sondern auch zum Gewicht eines Elementes innerhalb der idealen zeitlichen Abfolge an. Dies ist besonders förderlich für die Antizipation optimaler Arbeitsabläufe von Rechtsanwendern, die grundsätzlich nur einen gewissen Zeitrahmen für eine Rechtsanwendung zur Verfügung haben und somit stets mit den Voraussetzungen des Erlebens von Zeitknappheit und Zeitdruck konfrontiert sind.⁴⁴¹ Wer durchschnittlich zwei Stunden für die Abfassung eines Urteils aufwenden kann, sollte sich überlegen, wel-

⁴³⁸ Einen Zustand, für den Mihaly Csikszentmihalyi den Begriff »Flow« geprägt hat, Csikszentmihalyi/Jackson, Flow im Sport, 2000, S. 13, 15 und 23 ff..

⁴³⁹ Csikszentmihalyi/Jackson, a. a. O., S. 23 ff.

⁴⁴⁰ Csikszentmihalyi/Jackson, a. a. O., S. 26 ff.

⁴⁴¹ So insbesondere Prüfungskandidaten, die immer den zeitlichen Rahmen von nur fünf Stunden ausfüllen können. Hier ist es sehr hilfreich zu antizipieren, welche Schritte der Bearbeitung besonders wichtig sind und denen daher eine ausreichende Arbeitszeit einzuräumen ist, wobei dabei stets die notwendige Dauer der übrigen Schritte berücksichtigt werden muss.

che Arbeitsschritte hinsichtlich ihrer sachlichen Bedeutung welcher Zeitraum eingeräumt werden kann. Im Rahmen der Liste kann diese Priorisierung durch die Einnahme von Raum und besondere typografische Gestaltung sichtbar gemacht werden. An der vertikalen, zeitlich-hierarchischen Anordnung der Elemente ändern diese Überlegungen jedoch nichts.

Die Priorisierung von Denkmustern, Verhaltensweisen und sonstigen Elementen der Rechtsanwendung nach zeitlichen Kriterien ist intuitiv und universell. Die Gesetze der Zeit sind für *jeden* von uns verbindlich und prägend. Die subjektive Erfahrung der Rechtsanwendung ist folglich immer auch eine des Zeitablaufs. Und so eignet sich der zeitliche Ablauf bestens für die hierarchische Struktur unseres Reflexionsmediums Liste. Reflektieren wir systematisch, besteht unsere Aufgabe im Hinblick auf diese Ausrichtung der Liste zunächst einmal darin, die durch die Reflexion identifizierten Elemente in einer idealen zeitlichen Abfolge anzuordnen. Meine Liste bildet etwa eine Abfolge ab, die mit der Vorbereitung der rechtlichen Lösung beginnt und von der Herstellung dieser Lösung in ihre Darstellung übergeht:

Im Vorfeld der Rechtsanwendung

- Zweck der Bearbeitung und Adressaten der Darstellung vergegenwärtigen
- ...

Herstellung der rechtlichen Lösung. Rechtliche Würdigung

- Herantasten an den Sachverhalt
 - Vorbereitung der Entscheidungsgrundlage
- Mögliche Probleme benennen, ordnen, strukturieren
- ...

Darstellung der rechtlichen Lösung. Die Niederschrift

- Anforderungen der konkreten Anwendungssituation bewusst machen
 - ...

Allerdings würde eine ausschließlich sachlich-zeitliche Hierarchisierung dazu führen, dass die Liste eine Sequenz, also eine feststehende Ab-

folge von Elementen darstellen würde. Demnach dürfte ich erst mit der Darstellung der rechtlichen Lösung beginnen, wenn die Herstellung vollständig beendet ist. Die Zeit lässt sich nicht zurückdrehen und wenn wir es mit »sachlogisch« aufeinander aufbauenden Elementen zu tun haben, muss die Behandlung des vorrangigen Elementes zunächst abgeschlossen sein, bevor mit dem nächsten begonnen werden kann. Eine Rekursion auf frühere Elemente macht in diesem Denksystem keinen Sinn und führt zu Perplexität.

Wollen wir jedoch der Tatsache gerecht werden, dass Rechtsanwendung in einem Hin und Her zwischen Situation und Anwender, Lösung und Problem, Lebenswirklichkeit und Gesetz sowie der Her- und Darstellung der Lösung besteht, dann müssen wir die hierarchische Struktur der Liste durch ein weiteres Element ergänzen. Über die Rechtsanwendung als die subjektive Erfahrung eines besonderen Geschehens nachzudenken beinhaltet auch, die Besonderheiten kognitiver Prozesse im Umgang mit komplexen, einzigartigen und ungewissen Situationen zu berücksichtigen. Praktische Rechtsanwendung kann dann auch als ein zielgerichteter Denk- und Handlungsprozess verstanden werden, der vom Rechtsanwender durch ein adaptives und wachsendes Netz von Zielen gesteuert wird.⁴⁴² Es gibt dabei keine feststehende, zwingend einzuhaltende Abfolge der Elemente; sie können flexibel nach dem jeweiligen Erkenntnisstand sowie den daraus folgenden, jeweiligen Zielen angeordnet werden. Diese Ziele und der mit ihnen einhergehende Bedarf für bestimmte Elemente der Rechtsanwendung verändert sich im Verlauf der Auseinandersetzung mit Problem und Lösung. So mag beispielsweise das Ziel zunächst darin bestehen, den entscheidungserheblichen Sachverhalt zu ermitteln. Dazu werden bestimmte Elemente der Rechtsanwendung benötigt (etwa das Lesen einer Akte, Notiztechniken, eventuelle Unklarheiten durch weitere Nachforschungen zu klären etc.). Sobald das Ziel bis zu einem, für den Rechtsanwender zufriedenstellenden Grad verwirklicht worden ist, kann nun anhand des soweit ermittelten Sachverhaltes das nächste Ziel verfolgt werden, nämlich den juristischen

⁴⁴² *Flower/Hayes*, *College Composition and Communication*, Vol. 32 No. 4 (1981), 365 (366); wobei sich Flower und Hayes hier auf den Prozess des Schreibens beziehen. Im fünften Schritt hin zu einer reflexiven Praxis werden wir uns vertieft mit den kognitiven Prozessen zur Sinngebung während der Rechtsanwendung auseinandersetzen.

Obersatz zu bilden, was wiederum andere Elemente der kognitiven Struktur des Anwenders aktiviert (so zum Beispiel Techniken des In-Betracht-Ziehens, des Suchlesens und des Zusammensetzens komplexer Rechtssätze). Sofern bei der Bildung des juristischen Obersatzes nun Unklarheiten hinsichtlich des Sachverhaltes aufkommen, entsteht aufgrund des aktualisierten Kenntnisstandes der Bedarf, erneut zur Ermittlung des entscheidungserheblichen Sachverhaltes zurückzukehren. Die den kognitiven Prozess der Rechtsanwendung leitenden Ziele, und damit auch die Hierarchie der Elemente der kognitiven Struktur, werden auf diese Weise laufend an den Bedarf des Rechtsanwenders angepasst.

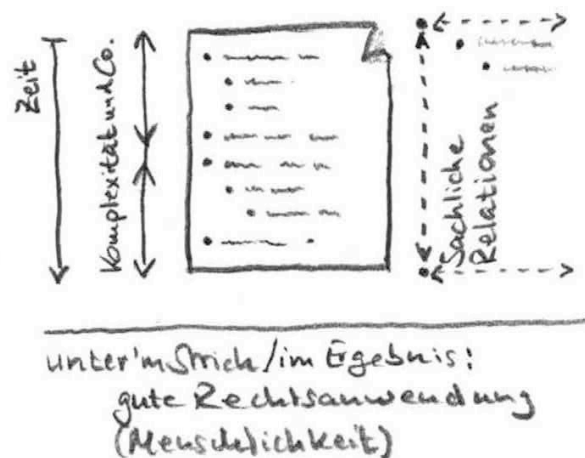
Demzufolge modifizieren die sich wandelnden und anpassenden Ziele des Rechtsanwenders die Struktur seiner kognitiven Prozesse. Mit einer sequenziellen, sachlich-zeitlichen Abfolge kann dieses Geschehen nicht abgebildet werden; schlimmer noch, eine Sequenz muss rekursive und interaktive Relation einzelner Elemente ausblenden und verfälscht dadurch entsprechend Dargestelltes. Der Grund hierfür liegt darin, dass derartige Relationen schlichtweg unvereinbar mit der Grundstruktur eines feststehenden Ablaufs sind. Eine Sequenz läuft vorwärts, grundsätzlich nicht zurück und sicher nicht hin und her. Zwar besteht auch in einer feststehenden Abfolge die Möglichkeit, auf vergangene Punkte zurückzuverweisen. So kann es beispielsweise in Schritt 6 einer Sequenz heißen: »Wenn XY, dann gehe zurück zu Schritt 4 und entscheide Dich diesmal nicht für A, sondern für B.« Allerdings besteht das Problem, dass wir in einer *feststehenden* Abfolge auch sämtliche Veranlassungen zur Rückverweisung berücksichtigen und einbauen müssten, damit sie der Flexibilität und Adaptivität der kognitiven Prozesse gerecht würde. Das ist jedoch nicht möglich, da unsere kognitiven Prozesse *indeterminiert* sind, das heißt, sie laufen in einer Unendlichkeit von unterschiedlichen, gleichwertigen Varianten ab.⁴⁴³ Es lässt sich weder sicher vorhersehen, welche diese Varianten zum Zuge kommen wird, noch ist verlässlich rekonstruierbar, welche Variante schlussendlich zum Zuge gekommen ist.⁴⁴⁴ Fraglich ist also, wie wir in unserer zeitlich-hierarchisch struktu-

⁴⁴³ Vgl. *Fugmann*, Das Buchregister, 2006, S. 28, Nr. 109 und 110. Das Adjektiv »indeterminiert« habe ich bereits im Zusammenhang mit den Geschehnissen im offenen Kontext der Sozialsphäre gebraucht, und zwar auf S. 117.

⁴⁴⁴ *Fugmann*, a. a. O., S. 28, Nr. 109.

rierten Liste derartiges abbilden können? Einmal niedergeschrieben, ist ein Element der Struktur *platziert* - einen sich stets an den Einzelfall anpassenden Prozess abstrahieren und artikulieren zu wollen erscheint daher, zumindest in Form einer Liste, aussichtslos. Doch der springende Punkt ist, dass wir nichts dergleichen versuchen ...

... es kommt nur darauf an, sich von der Vorstellung zu lösen, dass es sich bei der idealisierten zeitlichen Anordnung der praktischen Rechtsanwendung zu Grunde liegenden Elemente um eine sequenzielle Abfolge hin zur Lösung eines, in irgendeiner Weise vorliegenden Problems handle. Unsere Liste kann in ihrer Funktion als Reflexionsmedium vielmehr auch rückwärts gelesen werden, Punkte können übersprungen oder mehrfach angesprochen werden; je nach Bedarf des Einzelfalls. Das macht unser Umgang mit Vielfältigkeit, Komplexität und Vieldeutigkeit zwingend erforderlich. Ferner können wir die Liste auch als Ganzes betrachten und uns fragen, ob dieses Ganze unserer Vorstellung von *guter* Rechtsanwendung entspricht. Eine Skizze soll Ihnen helfen, nachzuvollziehen, worauf ich hinaus will:



Die Zeit verläuft auf unserem Papier nur in eine Richtung: von oben nach unten. Demgegenüber machen Komplexität, Vielfältigkeit, Vieldeutigkeit sowie die Einzigartigkeit einer jeden Situation der Rechtsanwendung das Hin-und-Her wie Vor-und-Zurück zwischen einzelnen Denk-

und Handlungsschritten erforderlich. Darüber hinaus stehen die einzelne Inhalte zueinander in einem sachlichen Beziehungsgefüge, welches durch die An- und Unterordnung einzelner Punkte angedeutet werden kann. Im Ergebnis müssen wir prüfen, ob unsere Vorgehensweise unserer Vorstellung von *guter* Rechtsanwendung genügt.

Die aus dem zeitlichen Idealverlauf der praktischen Rechtsanwendung folgende Hierarchie ist eine archetypische, organische Form der Anordnung ist, welche als mentaler Ausgangspunkt dient, um unterschiedlichste Einzelerfahrungen miteinander zu verbinden. Diese *eine mögliche* Form der hierarchischen Anordnung ermöglicht es, die abstrakten Elemente praktischer Rechtsanwendung in einem plausiblen Sinnzusammenhang zu sehen. Es handelt sich insofern um eine *Grundordnung*, welche *gleichzeitig* auch variable Kombinationen ihrer Elemente je nach Zielen und Bedarf des Rechtsanwenders zulässt. Metaphorisch ausgedrückt ist diese Grundordnung der Elemente der praktischen Rechtsanwendung insofern vergleichbar mit der Organisation einer Küche in der Spitzengastronomie. Zutaten, Kochwerkzeuge, Küchengeräte, Arbeitsflächen, Armaturen etc. müssen angeordnet und organisiert werden, um dem Koch, unabhängig von den im Einzelnen zuzubereitenden Speisen, stets einen möglichst optimalen Arbeitsablauf zu ermöglichen. Handlungen und Prozesse müssen koordiniert und je nach Bedarf angepasst werden. Auch das Kochen ist durch zeitliche Abläufe geprägt. Das Schälen und Schneiden der Zwiebeln muss vor ihrem Dünsten erledigt sein; das Fleisch muss gebraten sein, bevor es serviert werden kann. Diesen Voraussetzungen muss die Organisation des Inventars und der Arbeitsabläufe Rechnung tragen. Doch je nach Rezept, Menüzusammenstellung oder individuellen Gästewünschen kann es sein, dass Abläufe gleichzeitig, wiederholt oder gar ganz anders ablaufen. Und auch diese Flexibilität ermöglicht eine angemessene organisatorische Grundordnung der Küche.⁴⁴⁵ Die Küchenmetapher soll lediglich verdeutlichen,

⁴⁴⁵ Hierzu Otl Aicher: Eine bessere Organisation der Küche lässt sich nur erreichen, wenn auch, die begriffliche Systematik der Grundtätigkeiten ausgebaut ist. Das Denkmodell muss dem Organisationsmodell vorgehen. [...] Dementsprechend lassen sich vier Grundtätigkeiten formulieren:

1. Das Putzen, Waschen und Vorbereiten
2. Das Zubereiten

dass es eine Grundordnung von Prozessen möglich ist, die unabhängig vom Einzelfall ein bestmögliches Wirken möglich machen und gleichzeitig an die Erfordernisse der individuellen Situation angepasst werden kann.

Sobald Sie versuchen Ihre Erfahrungen der praktischen Rechtsanwendung zusammenzufassen und dazu eine zeitlich-hierarchisch strukturierte Liste zu schreiben, fangen Sie an, in zeitlichen Relationen zu denken: »Wann könnte dieser Inhalt für meine Auseinandersetzung mit dem Geschehen der praktischen Rechtsanwendung relevant sein?« Darüber hinaus denken sie auch in sachlichen Relationen: »Warum ist dieser Inhalt für mich relevant und wie steht er in Verbindung zu anderen relevanten Inhalten?« Eben diese Formen des Denkens ist es, die wir mit der Auseinandersetzung mit unserem Reflexionsmedium provozieren wollen. Die Liste macht es dabei möglich, die Elemente und ihre Anordnung im Raum je nach Bedarf zu interpretieren. So steht etwa die Erstellung des Fahrplans⁴⁴⁶ für die Darstellung der rechtlichen Lösung (\approx Lösungsskizze) *zwischen* Herstellung und Darstellung der rechtlichen Lösung. Es handelt sich bei der Fertigung des Fahrplans um einen Vorgang, der zwischen Her- und Darstellung *vermittelt*, ein Vorgang der nicht auf die Herstellung folgt und die Darstellung vorbereitet, sondern diese beiden Abläufe begleitet, verbindet und koordiniert.

Herstellung der rechtlichen Lösung. Rechtliche Würdigung

- Herantasten an den Sachverhalt
 - Vorbereitung der Entscheidungsgrundlage

3. Das Kochen

4. Das Anrichten

Jede dieser Tätigkeiten hat eine ihr entsprechende Ausstattung und bildet mit ihr zusammen ein eigene Position in der Küche ...«; Aicher, Die Küche zum Kochen, 4. Aufl. (2016), S. 47.

⁴⁴⁶ Den Begriff »Fahrplan« habe ich von Fritjof Haft übernommen und schließlich ausdifferenziert; vgl. Haft, Juristische Rhetorik, 8. Aufl. (2009), S. 24.

- Mögliche Probleme benennen, ordnen, strukturieren
- ...

✎ Fahrplan für die Darstellung der rechtlichen Lösung erstellen ✎

Darstellung der rechtlichen Lösung. Die Niederschrift

- ...

Nachdem wir nun also gesehen haben, inwiefern die Struktur der Liste unsere systematische Reflexion anregen kann, müssen wir uns nun der Frage zuwenden, welche Inhalte und Elemente überhaupt in die Liste aufgenommen und in ihr angeordnet werden sollen.

Der Inhalt der Liste

Die Komplexität der praktischen Rechtsanwendung liegt nicht so sehr in der Vielzahl ihrer Elemente, als in deren Heterogenität.⁴⁴⁷ So setzt Sie nicht nur voraus, dass wir Kenntnisse von der teleologischen Auslegung haben sondern auch, dass wir die feinen, aber wichtigen Unterschieden zwischen der anwaltlichen und richterlichen Arbeitsweisen verstehen. Befassen wir uns schließlich mit Notiz- und Gliederungstechniken oder psychologischen Fachinformationen zur Körpersprache im Rahmen der Würdigung einer Zeugenaussage, wird deutlich, dass die Erfahrung des Geschehens der praktischen Rechtsanwendung äußerst facettenreich ist. Ich möchte hier nur einige Beispiele an möglichen Inhalten nennen, die in die Grundordnung der Liste eingepasst werden können, und zwar:

- Sach- und Fachinformationen,
- Hintergrundinformationen,
- Denkmuster,
- Argumentationsmuster,
- Checklisten,

⁴⁴⁷ Vgl. Vilém Flussers Ausführungen zu den Elementen des Schreibens; *Flusser*, Die Geste des Schreibens, in: *Zanetti*, Schreiben als Kulturtechnik, 2012, S. 261 (262).

- Triggerlisten,
- Schemata,
- materielle sowie formelle Zielvorgaben,
- Handlungsanweisungen,
- Arbeitstechniken,
- Rhetorisches,
- Definitionen,
- Vorlagen,
- Topoi (Allgemeine Argumentationsmuster),
- etc.

Eine besondere Bedeutung kommt Hintergrundinformationen zu. Mit diesem Begriff bezeichne ich Fachinhalte, welche den Hintergrund, den Kontext und/oder die Zusammenhänge einer Denk- oder Verhaltensweise ausmachen und spezifizieren. Hintergrundinformationen sind somit Informationen, die uns Antworten auf die Fragen »Was genau?«, »Wieso?«, »Weshalb?« und »Warum?« liefern. Hintergrundinformationen werden einen erheblichen Teil Ihres Reflexionsmediums ausmachen, da Sie sich selbst mit diesen Informationen erklären, was Sie tun, wie Sie es tun und warum Sie es tun. Hintergrundinformationen stellen somit einen wichtigen Bestandteil Ihrer persönlichen Theorie der praktischen Rechtsanwendung dar, obschon sie in aller Regel nur von mittelbarer Bedeutung für Ihre Rechtsanwendung sind. Beispiel für solche Hintergrundinformationen ist folgender Auszug aus meiner Liste:⁴⁴⁸

- Auslegungsnotwendigkeit feststellen
 - Was klar und offensichtlich ist, muss nicht im Wege der Auslegung aufbereitet werden. Wo die Auslegung nicht notwendig ist, wird entweder überhaupt nichts gesagt oder der Vollständigkeit halber festgestellt (¶ Weitere Stilformen/Feststellung).
 - Auslegung erforderlich wenn:
 - Gesetzeswortlaut nicht eindeutig ist,
 - wenn Begriffe der Norm Wertungen umfassen

⁴⁴⁸ Sie sehen hier nur einen beispielhaften Auszug meiner kompletten Liste, die Sie vollständig im Appendix einsehen können. Dort finden Sie auch Erläuterung zu zitier- und schreibweise. Hier ist jedoch schön zu sehen, wie ich versuche, zu artikulieren, was die Feststellung der Auslegungsnotwendigkeit ausmacht.

- das Gesetz lückenhaft ist,
- der klare Wortlaut den Zweck des Gesetzes verfehlt.

Darüber hinaus sind unter den potentiellen Inhalten Schemata, Checklisten und Handlungsanweisungen zu finden. Dies steht jedoch nicht im Widerspruch zu dem Umstand, dass es sich bei dem Reflexionsmedium Liste selbst nicht um eine derartige Darstellung handelt. Innerhalb des zeitlichen Verlaufs der Rechtsanwendung kommt es regelmäßig dazu, dass bestimmte Denk- oder Handlungssequenzen befolgt werden müssen. Die deduktive Begründungsstruktur der rechtlichen Kommunikation macht dies zwingend erforderlich. Daraus folgt jedoch nicht, dass diese Denk- und Argumentationsmuster selbst auch in einem sequenziellen Ablauf eingefasst sein müssen. Sie werden lediglich bei Bedarf aktiviert und dann sequenziell durchlaufen.

Entscheidend ist, dass wir in einer systematische reflexive Praxis keine expliziten Vorgaben an qualitative Eigenschaften möglicher Elemente stellen sollten. Es ist vielmehr so, dass Inhalt der Liste sein soll, was auch immer wir für sinnvoll und essenziell für unsere praktische Rechtsanwendung halten. Insofern ist nur von Bedeutung, dass sich die in Frage kommende Inhalte auf überwiegende Zahl an denkbaren Situationen der Rechtsanwendung anwenden lassen. Das Reflexionsmedium Liste und der konzeptuelle Rahmen der idealisierten Erfahrung des Geschehens der praktischen Rechtsanwendung sind jedenfalls offen für die Beschreibung durch Elemente jeglicher Art. Ein Blick auf meine Liste verdeutlicht dies: Hier finden sich unter anderem Elemente zur Rechtsanwendung im technischen Sinne (Auslegung, Definitionen, Subsumtion, etc.), zum Umgang mit Arbeitswerkzeugen und Hilfsmitteln (Gesetzestext, Kommentaren etc.) oder aber zum Layout und Textdesign.

Im Vorfeld der Rechtsanwendung

- ...
-

Herstellung der rechtlichen Lösung. Rechtliche Würdigung

- ...
- Rechtlich Prüfung im engeren Sinne

- Auslegungslesen
- Auslegung
- Wahrung des Sachverhaltbezugs: Subsumtion
- ...
- Arbeitswerkzeuge und Hilfsmittel verwenden
- Problemerkörterung und Argumentation
- Prüfung der Lösung
- Mit der Lösung weiterdenken

Darstellung der rechtlichen Lösung. Die Niederschrift

- Anforderungen der konkreten Anwendungssituation bewusst machen
 - Stilrichtung
- ...
- Actio/Entäußerung
 - Textdesign

Welche Inhalte und Anordnung sinnvoll und angemessen sein könnte, bestimmt im Wesentlichen unsere persönliche Idealvorstellung der praktischen Rechtsanwendung. So hatte ich mir etwa im Rahmen meiner Reflexion vorgenommen, dem *idealen* Einheitsjuristen so nah wie mir nur eben möglich zu kommen. Da ein Einheitsjurist einen sozialen Konflikt aus verschiedenen Rollen sinnvoll handhaben können muss beinhalteten meine Vorüberlegungen vor jeder Rechtsanwendung zunächst eine Vergegenwärtigung einzelner Rollen und ihrer Hintergrundinformationen:

Im Vorfeld der Rechtsanwendung

- Zweck, Rolle, Adressat
 - ...
 - Rollenverständnis
 - ...
 - Richterliche Arbeitsweise
 - ...
 - Anwaltliche Arbeitsweise
 - ...
 - ...

- Adressaten
- ...

Herstellung der rechtlichen Lösung. Rechtliche Würdigung

- ...

Diese Inhalte, wie auch ihre Anordnung machen jedoch dann keinen Sinn mehr, wenn ich etwa nach dem Examen anfrage, als Anwalt für Mietrecht zu arbeiten, denn nun ist meine Rolle mehr oder weniger festgelegt. Es würde in diesem Falle jedoch Sinn machen, wenn ich mir die richterliche Arbeitsweise unter dem Gesichtspunkt »Adressaten meiner rechtlichen Lösung« vergegenwärtige, denn wenn ich weiß, wie diejenigen arbeiten, die ich von meinen Ansichten überzeugen will, kann mir dies helfen, meine Lösungsansätze wie ihre Darstellung entsprechend anzupassen. Meine Liste würde dann so aussehen:

Im Vorfeld der Rechtsanwendung

- Zweck, Rolle, Adressat
 - ...
 - Rollenverständnis
 - Anwaltliche Arbeitsweise im Allgemeinen
 - ...
 - ...
 - Adressaten
 - Richter
 - Richterliche Arbeitsweise
 - ...
 - Mandant
 - Gegenseite
 - Anwalt der Gegenseite
 - ...
- ...

Herstellung der rechtlichen Lösung. Rechtliche Würdigung

- ...

ZUM INHALT DER Liste lässt sich also festhalten, dass man aufnehmen sollte, was man für die Durchführung und das Verständnis seiner Tätigkeit als praktischer Rechtsanwender für wichtig, nützlich und hilfreich hält. In diesem Zusammenhang will ich eine weitere Metapher bemühen: Die Liste ist unser *Werkzeugkasten*. Hier sammeln wir sämtliche (intellektuellen) Werkzeuge, welche wir für unsere praktische Rechtsanwendung benötigen oder diesbezüglich für nützlich halten. Der Werkzeugkasten sollte möglichst umfassend und wohlstrukturiert sein, damit wir in jeder nur denkbaren Situation der Rechtsanwendung souverän reagieren können. Zur Zusammenstellung des Werkzeugkastens möchte ich Stephen King zitieren, der diese Metapher für die Aneignung von Schreibtechniken für Schriftsteller verwendet.⁴⁴⁹ King erzählt die Geschichte, wie er als kleiner Junge mit seinem Onkel bei einer Reparatur eines Dachfensters half. Dazu schleppten sie die große und schwere Werkzeugkiste des Onkels auf das Dach. Die Kiste umfasste eine Vielzahl von Werkzeugen und sonstigen, nützlichen Gegenständen, die äußerst durchdacht in Fächer und Schubladen auf mehreren Lagen verteilt einsortiert waren (sie war dementsprechend schwer). Einmal auf dem Dach angelangt, verwendete der Onkel jedoch nur einen einzigen Schraubenzieher für die Reparatur. King war verwirrt, der Onkel gab ihm daraufhin eine Weisheit fürs Leben mit:

[...] I was puzzled. I asked him why he'd lugged [the] toolbox all the way around the house, if all he'd needed was that one screwdriver. He could have carried a screwdriver in the back pocket of his khakis.

»Yeah, but Stevie«, he said, bending to grasp the handles, »I didn't know what else I might find to do once I got out here, did I? It's best to have your tools with you. If you don't, you're apt to find something you didn't expect and get discouraged.«

I want to suggest that to write to your best abilities, it behooves you to construct your own toolbox and then build up enough muscle so you can carry it with you. Then, instead of looking at a hard job and getting discouraged, you will perhaps seize the correct tool and get immediately to work.⁴⁵⁰

⁴⁴⁹ King, On Writing, 2010, S. 111-118.

⁴⁵⁰ King, a. a. O., S. 113 f. Meine Übersetzung lautet: »[...] ich war verwirrt. Ich fragte ihn, warum wir die Werkzeugkiste um das Haus herum und schließlich sogar auf das Dach geschleppt hätten, wenn alles, was er für die Reparatur benötigt hatte, ein einzelner

In Sinne dieser Metapher kann jedem Rechtsanwender nur nahegelegt werden, sich mit Hilfe der reflexiven Praxis einen möglichst umfassenden Werkzeugkasten anzulegen und diesen zu sortieren. Nie kann man vorab wissen, was die Situation der praktischen Rechtsanwendung von einem verlangt, daher sollte man dafür Sorge tragen, möglichst viele, vielseitige Werkzeuge bei sich zu führen, griffbereit zu haben und mit ihnen umgehen zu können. Schauen wir uns nun an, wie wir unseren Werkzeugkasten füllen und sortieren können.

Zuerst schreiben

Beginnen Sie mit der systematischen Reflexion mit dem Medium Liste folgendermaßen: Schreiben Sie »drauflos«.⁴⁵¹ Lesen Sie zunächst keine juristischen Methodiklehrbücher, Praxisleitfäden, Monographien, Artikel oder sonstige Fachliteratur. Denken Sie über Ihre zusammengefassten Erfahrung der praktischen Rechtsanwendung nach. Stellen Sie sich vor, wie Sie definieren, auslegen, subsumieren, feststellen, entscheiden, abwägen; zudem wie Sie lesen, suchen, schreiben, markieren, durchstreichen, entwerfen und verwerfen. Ihre Geschichte der Gesamtheit an praktischen Rechtsanwendungen sollte *wie ein Film vor Ihrem geistigen Auge* ablaufen. Dabei stellen Sie sich *die* Fragen der reflexiven Praxis:

Schraubenzieher war. Er hätte den Schraubenzieher auch in die Gesäßtasche seiner Khakis packen können.

»Ja, aber Stevie«, sagte er, während er sich nach den Griffen der Werkzeugkiste bückte, »Ich wusste vorher ja nicht, was ich hier oben vorfinden würde, oder? Man sollte seine Werkzeug immer dabei haben. Wenn Du das nicht beherzigst, wird es Dir widerfahren, dass Du auf etwas triffst, dass Du nicht erwartet hast und Du wirst entmutigt.«

Ich schlage vor, dass sie das Beste aus Ihren Schreibfähigkeiten machen; dazu obliegt es Ihnen, Ihre eigenen Werkzeugkasten anzulegen und dann genug Kraft zu entwickeln, diesen auch mitsichtragen zu können. Dann werden Sie angesichts einer schwierigen Aufgabe eher dazu in der Lage sein, dass richtige Werkzeug hervorzuholen und sofort mit der Arbeit anzufangen, anstelle entmutig aufgeben zu müssen.«

⁴⁵¹ Insgesamt habe ich die Erkenntnis, dass man zuerst schreiben solle, wenn man sinnvoll lernen und reflektieren möchte, von Peter Elbow. Hierzu die beiden Aufsätze: *Elbow, The War Between Reading and Writing. And how to end It*, Rhetoric Review, Vol. 12 (1993), S. 5-24 und *ders., Writing First!*, Educational Leadership, October 2004, S. 8-13.

- Was mache ich?
- Wie mache ich es?
- Warum mache ich es?
- Warum mache ich es auf diese Weise?
- Wie sähe wohl die *ideale* Vorgehensweise aus?
- Wie könnte *ich* es besser machen?
- Was lerne ich daraus? Was werde ich demnächst anders machen?

Versuchen Sie, das Geschehen und ihre Erkenntnisse in Listenform zu fixieren. Listen Sie Arbeitsschritte, Denkmuster und Hintergrundinformationen auf. Achten Sie darauf, dass die Strukturmerkmale der Liste die zeitlichen und sachlichen Relationen Ihrer einzelnen Einträge abbilden.

Sofern Sie das Schreiben für sich selbst nicht gewohnt sind, wird diese erste Auseinandersetzung mit dem Reflexionsmedium schmerzhaft sein. Sie werden von einem weißen Blatt beziehungsweise einem leeren Bildschirm sitzen und es wird sich anfühlen, als würden Sie versuchen eine Tür zu öffnen, die verkeilt ist. Es mag sich das Gefühl einstellen, dass man nichts Sinnvolles schreiben wird können – als könne man nicht durch die Tür gehen. Denken Sie dann an die Ausführungen zum für sich selbst schreiben zurück. Beginnen Sie etwa damit, dass Sie 4-6 Minuten einfach nur schreiben, egal was Sie schreiben.⁴⁵² Der Stift soll die ganze Zeit in Bewegung sein. Nach dieser Lockerungsübung können Sie sich der Liste zuwenden. Machen Sie sich dabei bewusst, dass es nicht um »performance« geht, sondern um Erfahrung und Analyse. Sie sollen sehen, was Sie denken, sollen durch die Schwierigkeiten während dieses Prozesses auf Fragen gestoßen werden, denen es nachzugehen lohnt. Das Schreiben vorab wird unsere weiteres Nachdenken, unseren Recherchen und unser Lesen vorbereiten. Peter Elbow schreibt, warum dem so ist:

⁴⁵² Bolton, British Educational Research Journal, Vol. 20, No. 1 (1994), 55 (57-59). Siehe hier im Text auch S. 252.

Starting with writing rather than reading highlights how learning and thinking work best: as a process of hypothesis making and hypothesis adjustment in which the mind is active rather than passive.⁴⁵³

Das Schreiben vorab wird Ihnen mithin eine *sinnvolle* systematische Reflexion ermöglichen. Diese Form der Reflexion knüpft an das an, was wir eingangs im Zusammenhang mit dem Sinn und Zweck der Reflexion als *sinnvolles* Lernen kennengelernt haben. Sinnvolles Lernen erfolgt, wenn der Lernende sich bewusst dazu entschließt, neue Informationen mit Wissen zu verknüpfen, über welches er bereits verfügt.⁴⁵⁴ Sinnvolles Lernen und sinnvolle Reflexion setzen also stets voraus, dass wir uns bewusst werden, was wir wissen und erfahren haben. Dieses Wissen und diese Erfahrungen zu artikulieren, ist somit der erste notwendige Schritt hin zum systematischen Umgang mit der Liste als unser Reflexionsmedium.

In einem früheren Entwurf dieses Textabschnittes hatte ich an dieser Stelle eine Vorlage für Sie platziert. Diese sollte Ihnen helfen, mit dem Listenschreiben zu beginnen. Nach meinen Erfahrungen im Umgang mit Examenskandidaten habe ich diese Vorlage jedoch wieder verworfen. Die lediglich drei Punkte umfassende Vorlage führte nämlich dazu, dass die Reflektierenden ihre Bemühungen auf die Ausfüllung dieser Punkte konzentrierten, ohne sie selbst in Frage zu stellen. Sie übernahmen mithin einen Bezugsrahmen, der unter Umständen nicht ihrem eigenen Verständnis und ihrer eigenen Theorie von praktischer Rechtsanwendung entsprach. Dadurch wurde, so war zumindest mein Eindruck, so manche originäre Listenform unterdrückt. Beginnen Sie also direkt damit, Ihre *eigene* Liste zur systematischen Reflexion über die praktische Rechtsanwendung anzulegen.⁴⁵⁵

⁴⁵³ Elbow, Educational Leadership, October 2004, S. (12). Meine Übersetzung lautet: »Mit dem Schreiben zu beginnen, bevor man liest, unterstreicht, wie das Lernen und das Denken am besten funktionieren: als Prozess des Machens sowie der Anpassung von Hypothesen, wobei der Geist aktiv und nicht passiv ist.«

⁴⁵⁴ Novak/Gowin, Learning how to Learn, 23rd ed. (2008), S. 23. Siehe hier im Text S. 65.

⁴⁵⁵ Die Möglichkeit, auf meine Rohform meiner Liste oder gar auf die vollständige Liste im Appendix zurückzugreifen, bleibt Ihnen freilich ungenommen. Dennoch rate ich dringend dazu, selbstständig von Grund auf zu beginnen.

Fragen stellen und Inhalte suchen

Ihre ersten Listen werden meiner Erfahrung nach relativ kurz ausfallen, kaum mehr als zwei Din-A4-Seiten. Sie werden zunächst schnell das Gefühl haben, »ausgeschrieben« zu haben. Eventuell haben Sie sogar Schwierigkeiten damit, zu artikulieren, was Sie eigentlich *tun*, wenn Sie Ihrer Tätigkeit der praktischen Rechtsanwendung nachgehen. Daher werden Ihre ersten Versuche aller Wahrscheinlichkeit darauf fokussiert sein, Ihre Handlungen in einer angemessenen Reihenfolge anzuordnen. So zum Beispiel:

- Akte lesen
 - von hinten nach vorne
 - Erste Notizen auf Schmierzettel machen
- Akte ein zweites Mal lesen
 - Aktenauszug anfertigen
- Rechtliche Vorüberlegungen
 - Normen suchen und festhalten
 - Suchraum eingrenzen
- Auslegung
- Subsumtion
- dabei: Lösungsskizze/Notizen für die spätere Niederschrift machen
- ...

Mit einer solchen Liste steht man jedoch erst am Anfang der systematischen reflexiven Praxis; denken Sie an die Endlosschleife der systematischen reflexiven Praxis zurück. Unsere Praxis besteht nämlich darin, dass die Liste wieder und wieder im Lichte der Erkenntnisse der Reflexion und neuer Erfahrungen überarbeitet, ergänzt und gekürzt wird. In Ihren ersten Listen werden Sie aller Wahrscheinlichkeit nach Ihre Handlungen zunächst einmal nur benennen. Spätestens dann, wenn sich das Gefühl einstellt, dass Sie eine hinreichende Vorstellung von sämtlichen relevanten Handlungen und Denkweise sowie vom Ablauf Ihrer Rechtsanwendungen haben, sollten Sie damit beginnen, das Aufgelistete zu erklären. Dazu müssen Sie die Listeneinträge *hinterfragen*. Sie müssen sicherstellen, dass Sie wissen, was es eigentlich bedeutet, auszulegen, zu subsumieren oder das Gesetz zu lesen. Dazu müssen Sie artiku-

lieren können, welches Wissen *in* Ihren Handlungen und Denkweise liegt oder liegen sollte.

Allein durch den Versuch der Anordnung und Artikulation werden sich weitere Fragen ergeben, denen es nachzugehen lohnt. Was für Fragen dies sein mögen, darüber kann ich nur spekulieren, denn sie sind Produkt *Ihrer* systematischen Reflexion über Ihre *persönlichen* Erfahrungen mit dem besonderen Geschehen der praktischen Rechtsanwendung. So könnten Sie bemerkt haben, dass Sie sich unsicher sind, in welcher zeitlichen Abfolge manche Arbeitsschritte wohl bestenfalls ablaufen sollten. Beispielsweise könnten Sie Schwierigkeiten damit gehabt haben, Inhalte der juristischen Argumentationen von solchen der Auslegung und Subsumtion zu trennen. Unter Umständen ist Ihnen auch fehlendes Hintergrundwissen in Bezug auf grundlegende Vorgehensweisen und Denkmuster bewusst geworden. So etwa, wenn Sie bemerkt haben, dass Sie gar nicht wissen, auf welche nichtjuristischen Techniken Sie zurückgreifen, um *überzeugende* Schriftsätze zu verfassen. Es könnte auch sein, dass Sie im Nachdenken über Ihre Arbeitsweise einen konkreten Verbesserungsbedarf festgestellt haben. Eventuell möchten Sie schon seit langem Ihre Notiz- und Entwurfstechniken anpassen und kommen durch die reflexive Praxis nun zu der reflexiven Einsicht, dies endlich in Angriff zu nehmen.

Im Schreiben für sich werden Sie erkennen, wo Sie konkret ansetzen können, denn sobald Sie anfangen, Ihre Liste anzufertigen, werden Sie feststellen, dass das Listenschreiben die Fragen »Was gehört auf die Liste?«, »Wie sollte ich es in die Liste einpassen?« und »Was kann dem untergeordnet werden?« provoziert und somit unweigerlich zur weiteren Stimulation der Reflexion führt. Entscheidend dabei ist, dass die Rechtsanwendung eine derart heterogene und komplexe Tätigkeit ist, dass sich *für jeden angehenden wie professionellen Rechtsanwender* Fragen und Themen ergeben werden, denen er nachgehen sollte. Die praktische Rechtsanwendung lässt sich nicht abschließend beschreiben, daher werden wir auch niemals an den Punkt gelangen, an dem *alle* Fragen gestellt und beantwortet sind. Insofern ist auch unsere Liste niemals fertig, kann immer wieder überarbeitet werden. Wenn die Institution des Rechts

nicht perfekt sein kann, kann es auch die Rechtsanwendung selbst nicht sein. Es gibt daher immer die Möglichkeit etwas *besser* zu machen, und zwar für jeden.⁴⁵⁶ Die systematische reflexive Praxis ist daher nicht nur für Studenten und Berufsanfänger bestimmt. Es mag anmaßend klingen, doch möchte ich Ihnen eine solche reflexive Praxis selbst dann ans Herz legen, wenn Sie zu den *Besten* gehören, die in der Institution des Rechts praktizieren. Wer weiß schon, was Sie nicht wissen?

Die Beliebigkeit hinsichtlich des Listeninhaltes mag zunächst einmal unausgegoren wirken. Allerdings sehe ich in der anfänglichen Beliebigkeit möglicher Elemente einen besonderen Vorzug der hier vorgeschlagenen Vorgehensweise. Sie ermöglicht eine größtmögliche Offenheit gegenüber möglicherweise nützlichen Informationen. Diese Beliebigkeit lässt Raum für Zufall und für Innovation. Denn das Faszinierende an der Tätigkeit des Listenschreibens ist der bereits angesprochene generative Effekt. Wer eine Liste schreibt, muss sich aktiv damit auseinandersetzen welche Inhalte den Sinn und Zweck der Liste verwirklichen, was *passt* und was nicht mehr passend gemacht werden kann. Der Listenschreiber muss Grenzen ziehen, einen Anfang und ein Ende festlegen, bestimmen wie einzelne Kategorien und Abschnitte der Liste voneinander abgegrenzt werden sollen; Entscheidungen müssen gefällt werden, ob beispielsweise »Topoi« der »Auslegung« oder der »Argumentation« zuzuordnen sind.⁴⁵⁷ Der Reflektierende, der Listen schreibt, befasst sich folglich mit Problemen der Klassifizierung und Organisation von Erfahrung

⁴⁵⁶ Musiker kennen dieses Phänomen als das Gesetz der Unendlichkeit. »Sound« kann immer verbessert werden. So beschreibt Paul F. Berliner, wie der Jazz Musiker Harold Ousley stets nach Verbesserung seines Klangs strebt: »In Harold Ousley's case, the goal has been to cultivate qualities of sound characterized by their ›sheer beauty.‹ He uses the ›essence of Gene Ammons's sound‹ as a source of inspiration and is ›still striving to reach the level of beauty‹ he discerns in Ammons's playing. ›Due to the law of infinity, sound can be improved and improved and improved. So, I'm constantly striving to improve my sound to get to the point where the sound is so beautiful that when people hear it they're caressed; their souls are inspired and nourished just by the sound itself.«; *Berliner, Thinking in Jazz*, 1994, S. 117.

⁴⁵⁷ Goody, Woraus besteht eine Liste?, in: *Zanetti, Schreiben als Kulturtechnik*, 2012, S. 338 (382, 387).

und Wissen.⁴⁵⁸ Jedes mal wenn wir einen Inhalt in die Liste aufnehmen, müssen wir automatisch *in zeitlichen und sachlichen Relationen denken*, da wir entscheiden müssen, in welcher Ebene und/oder an welchem Punkt wir das Neue in das Alte integrieren können. Die Ordnung des Alten ist dabei nicht über jeden Zweifel erhaben, sondern kann im Lichte des Neuen zu überholen sein. Das Listenschreiben und vor allem das Bearbeiten einer Liste sind mithin Tätigkeiten, die jedes Mal aufs Neue damit befasst sind ein Prinzip der Organisation der Liste zu entdecken oder zu erfinden.⁴⁵⁹ Die Überarbeitung einer Liste, durch Markierungen, Randbemerkung, Streichungen und Umstellungen, ist meiner Ansicht nach *die essenzielle Tätigkeit* einer reflexiven Praxis. Auf diese Weise werden Zusammenhänge, Kombinations- und Anknüpfungsmöglichkeiten generiert, die ohne die Liste verborgen geblieben wären. Christoph Hoffmann schreibt zu dem Vorgang der Überarbeitung:

Auch dieser Vorgang hat seine Spuren hinterlassen. Er fügt sich in wiederholte Lektüren des Dastehenden oder genauer gesagt in verschiedenfarbigen Anstreichungen, Markierungen, Durchstreichungen und Randbemerkungen. [...] Denn alle diese Kritzel betreiben Schließung, sind Agenten einer Strukturierung, die nicht ohne den Kopf auskommt, die aber als Vorgehensweise nicht ohne den Graphismus - den der Listen und den der Kritzel - möglich ist. Man kann vielleicht in Gedanken Listen aufstellen, aber kann man auch in Gedanken unterstreichen, abstreichen, hinzufügen? Die Möglichkeit auf etwas einmal Geschriebenes zurückzukommen ist banal, sie rührt ja aus der Einschaft der Schrift »Inhalte« zurückzuhalten, aber man muss sich klar machen, dass diese Eigenschaft mehr leistet, als das Gedächtnis zu entlasten. Sie ist auch die Voraussetzung für einen instrumentellen Gebrauch von Schrift, wie er sich hier in der Schleife zwischen Schreiben, Lesen, Anstreichen realisiert.⁴⁶⁰

Sobald Sie also erste Fragen und Interessen im Rahmen der Auseinandersetzung mit Ihrer Liste identifiziert und definiert haben, werden Sie schnell an einen Punkt gelangen, an dem Sie nicht weiter wissen. So

⁴⁵⁸ Goody, Woraus besteht eine Liste?, in: Zanetti, Schreiben als Kulturtechnik, 2012, S. 338 (369 ff.).

⁴⁵⁹ Hoffmann, Wie Lesen? in: Griesecke (Hrsg.), Werkstätten des Möglichen 1930-1936, 2008, S. 45 (52).

⁴⁶⁰ Ebd.

könnten Sie beispielsweise merken, dass Sie gar nicht genau wissen, wie man eine Abwägungsentscheidung methodisch sauber her- und darstellen kann. Dann gilt es, nach Inhalte Ausschau zu halten, welche uns Hintergrundinformationen liefern, die unsere Fragen beantworten könnten. Wer sinnvoll reflektieren will, muss demnach *hinterfragen*, *recherchieren* und *lesen*. Gleich ob wir gezielt nach Inhalten suchen oder zufällig auf sie stoßen, wir müssen uns angewöhnen, *für* die reflexive Praxis zu lesen:

- Welche Inhalte könnte ich für mein Wirken als Rechtsanwender allgemein gebrauchen?
- Sind die konkreten Inhalte wichtig für mich? Wenn ja, warum?
- Welchen praktischen Auswirkungen könnten diese Inhalte auf mein Wirken als Rechtsanwender haben?
- Zu welchen Zeitpunkt des Geschehens Rechtsanwendung sind diese Inhalte relevant?
- Wie kann ich die Inhalte in meine eigene Fachsprache übersetzen?
- Inwiefern sind die Inhalte mit den bereits vorhandenen Inhalten verknüpft?
- Werden zuvor als gesichert angesehene Erkenntnisse in Frage gestellt?

Allerdings reicht es nicht aus, aufgrund dieser Fragen einfach drauflos zu lesen, ein paar Unterstreichungen in den Texten zu machen und sie mit Randbemerkungen zu versehen. Das Lesen für die systematische reflexive Praxis muss vielmehr den höchsten Anforderungen an analytisches Lesen genügen.⁴⁶¹ Vor den ersten umfangreichen Lesearbeiten sollte man prüfen, ob man das beherrscht, was ich in Anlehnung an Mortimer J. Adler und Charles van Doren als »*syntopisches Lesen*« bezeichnen möchte.⁴⁶² Dabei handelt es sich um eine Form des analysierenden Lesens, in denen man verschiedenste Quellen miteinander ver- und abgleicht und im Hinblick auf einen übergreifenden Sinnzusammenhang miteinander in Beziehung setzt. Es kommt entscheidend darauf an, dass man im Hinblick auf diesen, noch zu erstellenden Sinnzusammenhang

⁴⁶¹ Zur Charakteristik des analytischen Lesens insgesamt Adler/van Doren, *How to Read a Book* (1972), dort insbesondere die Zusammenfassung auf S. 164.

⁴⁶² Adler/van Doren, a. a. O., S. 309 ff., siehe dort insbesondere die Zusammenfassung zum »*syntopical reading*« auf den S. 335 f.

liest. Das heißt, es geht nicht primär darum, jede Quelle vollständig zu lesen und für sich genommen zu interpretieren. Vielmehr sind die nützlichen Inhalte zu identifizieren und miteinander in Beziehung zu setzen.⁴⁶³ Insofern liest man viele kleine Dinge im Hinblick auf ein, durch das Lesen noch zu konkretisierendes, großes Ganze.

Als Ausgangspunkt des syntopischen Lesens stelle man sich eine erste Bibliografie zusammen, welche Bücher, Fachartikel und sonstige Inhalte (zum Beispiel Zeitungsartikel, Internet-Blogs, Videos) enthalten, die einem für die persönliche praktische Rechtsanwendung von Relevanz erscheinen.⁴⁶⁴ Hierbei kann ein Blick in das Literaturverzeichnis meiner Arbeit ein erster Anhaltspunkt sein, wobei man es jedoch keinesfalls belassen sollte. Durch eine umfassende Recherche sollte man sich einen Überblick verschaffen, was es Literatur vorhanden ist, was man gelesen hat und was man lesen könnte. Lassen Sie hier auch dem Zufall Raum. Diese erste Bibliografie dient letztlich dazu, eine erste Übersicht über die nahezu unendliche Vielfalt möglicherweise relevanter Inhalte zu erhalten. Ich muss nochmals betonen, dass diese Inhalte nicht auf bestimmte (wissenschaftliche) Kategorien beschränkt sind. Wer etwa im Rahmen seiner professionellen Rolle häufig mit der Vernehmung von Zeugen zu tun hat, sollte nicht zögern, auch populärwissenschaftliche Abhandlungen über sogenannte »micro expressions«⁴⁶⁵ aufzunehmen. Selbstverständlich helfen die gängigen Kategorien der Fachliteratur bei Suche und Orientierung, nur dürfen sie die persönliche Weiterbildung nicht beschränken. Die stets zu aktualisierende Bibliografie verschafft uns ein Gespür dafür, wo man im Einzelfall nachschauen kann, wenn man nach etwas Bestimmten sucht. Die Bibliografie ist *keine* Leseliste und man muss sich damit abfinden, dass man eine Vielzahl der Bücher und sonstigen Inhalte dieser Sammlung nur oberflächlich ansehen wird. Es ist sogar essenziell wichtig, dass diese Bibliografie Inhalte umfasst, die man

⁴⁶³ Adler und van Doren schreiben hierzu: »In syntopical reading, it is you and your concerns that are primarily to be served, not the books that you read.« *Adler/van Doren, How to Read a Book* (1972), S. 316, im Original in kursiv gesetzt.

⁴⁶⁴ Vgl. *Adler/van Doren*, a. a. O., S. 335 f.

⁴⁶⁵ Der Begriff »micro expressions« wurde geprägt von Paul Ekman und bezeichnet Gesichtsausdrücke, die als unwillkürliche, flüchtige Reaktion einen Hinweis auf die Emotionen des Betreffenden bieten können, hierzu: *Ekman, Emotions Revealed*, 2003.

nicht gelesen hat und eventuell niemals lesen wird.⁴⁶⁶ Auf diese Weise vergegenwärtigen wir uns, dass wir nicht *auslernen* können. Es gibt immer etwas zu entdecken – unsere Vorstellung der *idealen* Rechtsanwendung darf nicht statisch sein.

An dieser Stelle muss ich noch einmal auf die für unsere Zwecke wenig fruchtbare Unterscheidung von methodischen und materiell-rechtlichen Fachinhalten zurückkommen. Wir hatten bereits festgestellt, das juristische Methode und die sonstigen Grundlagenfächer grundsätzlich nicht dazu ausreichen, die praktische Rechtsanwendung als Ganzes zu verstehen. Insofern können auch materielle-rechtliche Fachinhalte in das Reflexionsmedium zu integrieren sein. Entscheidend ist nur, dass diese Inhalte für die überwiegende Anzahl an Situationen der Rechtsanwendungen, mit denen wir es zu tun haben, relevant sind. Anders ausgedrückt: Die Inhalte müssen die *Gesamtheit* unserer Rechtsanwendungen betreffen. Beispielsweise sind materiell-rechtliche Inhalte zur Auslegung einer Willenserklärung in einer Vielzahl an Situationen der praktischen Rechtsanwendung von Relevanz und könnten sich somit auf Ihrer Liste wiederfinden.

Der zweite wesentliche Schritt des synoptischen Lesens besteht nun darin, eine *eigene Sprache* für die eigene Wiedergabe der unterschiedlichen Quellen zu entwickeln.⁴⁶⁷ Uns Juristen steht zwar hierfür eine Fachsprache zur Verfügung, allerdings ist auch diese mehrdeutig. (Rechts-) wissenschaftliche Sprache sollte zwar mit intersubjektiv geteilten Vorstellungen einhergehen, doch dem ist nicht immer so. Niklas Luhmann schreibt hierzu:

Auch Wissenschaftler müssen, wenn sie publizieren wollen, Sätze bilden. In der dafür notwendigen Wortwahl herrscht jedoch ein für die meisten Leser

⁴⁶⁶ Nassim Nicholas Taleb betont, dass ungelesene Bücher zu überraschenden Funden führen können und daher eine Vielzahl ungelesener Bücher ein Forschungswerkzeug darstellt: »Read books are far less valuable than unread ones. The library should contain as much of what you do not know as your financial means, mortgage rates, and the currently tight real-estate market allow you to put there. [...] Indeed, the more you know, the larger the rows of unread books. Let us call this collection of unread books an antilibary.«; Taleb, *The Black Swan*. 2nd Ed. (2010), S. 1.

⁴⁶⁷ Siehe Adler/van Doren, *How to Read a Book* (1972), S. 318 f., 336.

unvorstellbares Maß an Zufall. Auch die Wissenschaftler selbst machen sich dies selten klar. Der weitaus größte Teil der Texte könnte auch anders formuliert sein und wäre auch anders formuliert, wenn er am nächsten Tag geschrieben worden wäre.⁴⁶⁸

Wer also beispielsweise eine vielfältige Menge an Inhalte zur Auslegung des Gesetzestextes durchsieht, tut gut daran, sich *eigenständig* um begriffliche Klarheit zu bemühen. Diesen Schritt nennen Adler und van Doren »bringing the authors to terms«:

Bring the author to terms by constructing a neutral terminology of the subject that all, or the great majority, of the authors can be interpreted as employing, whether they actually employ the words or not.⁴⁶⁹

Man muss demnach für sich selbst definieren, was man unter bestimmten Fachbegriffen versteht und Gelesenes gegebenenfalls an die eigene Terminologie anpassen und umgekehrt. Dabei geht es nicht darum, sich ein eigenes professionelles Vokabular neu auszudenken, sondern darum, begriffliche Klarheit herzustellen. Insofern ist das Lesen für die systematische reflexive Praxis zu einem wesentlichen Teil Übersetzungsarbeit. Hierzu schreiben Adler und van Doren:

Syntopical reading [...] is to a large extent an exercise in translation. We do not have to translate from one natural language to another, as from French to English. But we do impose a common terminology on a number of authors who, whatever language they may have shared in common, may not have been specially concerned with the problem we are trying to solve, and therefore may not have created the ideal terminology for dealing with it.

This means that as we proceed on our project of syntopical reading we must begin to build up a set of terms that first, helps us to understand all of our authors, not just one or a few of them, and second helps us to solve our problem.⁴⁷⁰

⁴⁶⁸ Luhmann, Schriften zu Kunst und Literatur, 2008, S. 2.

⁴⁶⁹ Adler/van Doren, How to Read a Book (1972), S. 336. Meine Übersetzung lautet: »Tragen Sie die Begriffe der Autoren zusammen, indem Sie eine neutrale Terminologie des gegenständlichen Themas konstruieren, deren Gebrauch man der überwiegenden Mehrzahl der Autoren unterstellen kann, gleich, ob diese Autoren tatsächlich die exakt gleichen Wörter verwenden oder nicht.«

⁴⁷⁰ Adler/van Doren, a. a. O., S. 319. Meine Übersetzung lautet: »Syntopisches Lesen ist [...] im weitesten Sinne eine Übung der Übersetzung. Dabei übersetzen wir nicht eine »natürliche« Sprache in eine andere, etwa vom Französischen ins Englische. Vielmehr belegen

Sich eine eigene Sprache anzueignen, in welche man relevante Inhalte übersetzen kann, hilft nicht nur einen Blick für Gesamtzusammenhänge zu entwickeln, sondern macht einen souverän im Umgang mit Fachliteratur und sonstigen Inhalten (im wahrsten Sinne des Wortes).

Nach alldem lässt sich zusammenfassen, dass das Lesen im Rahmen der reflexiven Praxis umfasst, sich einen Überblick über die Lesemöglichkeiten zu verschaffen, eine eigene einheitliche Sprache für die Inhalte zu kreieren und schließlich relevante Inhalte zu identifizieren, zu kennzeichnen und in das vorhandene Wissen zu integrieren. Wenig überraschen wird der Hinweis, dass diese Aktivitäten nicht allein in Gedanken stattfinden können. Wer syntopisch Lesen möchte, muss wiederum schreiben, reformulieren und verdichten.⁴⁷¹ Wie das vonstatten gehen kann, werde ich nachfolgend erörtern.

Inhalte anordnen, anpassen und verwerfen

Die zeitlich-hierarchische *Grundordnung* unseres Reflexionsmediums Liste bildet unserer Vorstellung eines idealen Geschehensverlauf von praktischer Rechtsanwendung ab. *Oben* befindet sich in der ersten Konfrontation mit der Situation der Ausgangspunkt des Geschehens, welches schließlich *unten*, mit den Inhalten bezüglich der Entäußerung der her- und dargestellten rechtlichen Lösung, endet. Diese Grundordnung macht es zwingend erforderlich, nachzudenken, wann, welche Inhalte in unserem idealisierten Verlauf der Rechtsanwendung von Bedeutung sein könnten. Sobald wir hinreichend Zeit und Mühe in die Elaboration unserer Liste investiert haben, wird sie unsere Idealvorstellung der praktischen Rechtsanwendung abbilden. Reflektieren wir über nun über einzelne Anwendungssituation und/oder die Idealvorstellung an sich, kann

wir die Aussagen einer Vielzahl von Autoren mit einer einheitlichen Terminologie, die – welche Sprache sich auch immer gemein haben mögen – nicht zwingend mit den Problemen befasst waren, die wir selbst zu lösen versuchen und somit auch nicht die ideale Terminologie zu Lösung eben dieser Probleme entwickelt haben. Daraus folgt, dass wenn wir unser Projekt des syntopischen Lesen verfolgen wollen, wir damit beginnen müssen, uns einen Satz an Begriffen anzueignen, der uns erstens dabei hilft, wirklich alle unsere Autoren zu verstehen und es uns zweitens ermöglicht, unser Problem zu lösen.«

⁴⁷¹ Vgl. Luhmann, Schriften zu Kunst und Literatur, 2008, S. 3 ff.

es sein, das wir auf Probleme oder Unstimmigkeiten stoßen. Das ist *gut*, denn genau das wollen wir mit der Reflexion über die Geschichte unserer idealen oder tatsächlich erlebten Rechtsanwendung bewirken.⁴⁷² Dabei kann es zu zwei interessanten Konstellationen kommen. Entweder unsere Vorgehensweise entsprach *im Einzelfall* nicht unserem Ideal oder unser Ideal selbst ist unzureichend.

Erstere Konstellationen können dadurch angemessen behandelt werden, dass man sich nochmals idealtypische Denk- und Handlungsmuster vergegenwärtigt. Sofern diese bereits in der Liste vorhanden sind, schneidet man – bildlich ausgedrückt – die abweichende Szene der konkreten Anwendungssituation aus dem ablaufenden Film der Rechtsanwendung hinaus und ersetzt sie mit der idealisierten Szene. So mag es vorkommen, dass man während des letzten Entwurfes einer Klageschrift versäumt hat, vor der rechtlichen Prüfung ein erschöpfendes Suchlesen durchzuführen. Man hat tatsächlich nicht gründlich genug in das Gesetz gesehen und sich gleich auf ein bestimmtes Problem- und Lösungsfeld eingestellt. Dies kann zur Folge haben, dass man während der rechtlichen Prüfung schließlich auf Unstimmigkeiten stößt, die allein in dem Auslassen wesentlicher Arbeitsschritte angelegt sind. Die Reflexion *über* den Vorgang Fertigung der Klageschrift wird diesen Fehler im Nachhinein schnell offenbaren.

Wenn die Unstimmigkeiten in der Vorstellung der idealisierten Rechtsanwendung und damit auch in der Liste selbst angelegt sind, liegen die Dinge jedoch anders. Dann muss die Vorstellung vom idealisierten Ablauf überdacht und an der Liste gearbeitet werden, und zwar durch die Ergänzung, das Rearrangieren sowie das Kürzen und Verwerfen von Inhalten.

Sofern ich den Eindruck habe, dass meine Liste unvollständig ist, begeben mich auf die Suche nach Inhalten, welchen die Liste sinnvoll ergänzen. So hatte ich beispielsweise lange Zeit den Eindruck, dass ich mit dem Lesen von Kommentaren sehr viel Zeit verlieren und nur wenig verwertbare Erkenntnisse gewinnen würde. Ich stellte fest, dass bei-

⁴⁷² Vgl. Bruner, *Making Stories*, 2002, S. 70: »... [narrative] is sensitive to obstacles, real or imagined: responsive to success or failure, unsteady in handling uncertain outcomes.«

spielsweise meine Referendarskollegin wesentlich effektiver mit dem Arbeitsmittel Kommentar umzugehen wusste. Sie konnte mir ihre Vorgehensweise jedoch nicht vermitteln (»Ich schaue eben nach, schreibe mir eventuell etwas raus.«) und ich selbst hatte keine Vorstellung von einer systematischen Herangehensweise an die Handhabung von Kommentaren. Während meiner Reflexion über die Rechtsanwendung erkannte ich schließlich, dass die Handhabung von Kommentaren mir in der Vielzahl von Rechtsanwendungen Schwierigkeiten bereitete. Dies veranlasste mich schließlich dazu, nach Monographien, Aufsätzen oder sonstigen Texten zu diesem Thema zu suchen. Zunächst wurde ich enttäuscht, denn sowohl die rechtsmethodische Fachliteratur als auch die herkömmlichen Skripten zur Referendarsausbildung enthielten nichts Brauchbares. Fündig wurde ich schließlich in den Kommentaren selbst, denn dort sind in aller Regel Benutzungshinweise aufbereitet.⁴⁷³ Sie geben Auskunft über den Aufbau und die typografische Gestaltung des Kommentars und enthalten somit die für die Reflexion nützliche Hintergrundinformationen. Durch eine Zusammenschau dieser Informationen in Verbindung mit Überlegungen zu einem idealen Ablauf der Rechtsanwendung entwickelte ich für mich eine allgemeine Handlungsanweisungen zum Umgang mit Kommentaren. Diese platzierte und fixierte ich schließlich in meiner Liste.

Herstellung der rechtlichen Lösung

- ...
- Rechtliche Prüfung im engeren Sinne
 - ...

⁴⁷³ Besonders hervorzuheben sind die Benutzungshinweise des *Baumbach/Hopt*, HGB, 36. Aufl. (2014), S. XXII f.

- Arbeitswerkzeuge und Hilfsmittel verwenden
 - ...
 - Der Kommentar
 - Den Kommentar lesen
 - ...
 - Bestandteile und Arbeitshilfen
 - ...

In den darauffolgenden Situationen der Rechtsanwendungen setzte ich meine Erkenntnisse in die Tat um. In den sich anschließenden reflexiven Übungen, hatte ich nunmehr den Eindruck, dass ich in Bezug auf die Verwendung von Kommentaren eine angemessene Vorgehensweise entwickelt hatte. Ich hatte meine Idealvorstellung von der praktischen Rechtsanwendung sinnvoll ergänzt und meine Vorgehensweise entsprechend angepasst.

Unstimmigkeiten der Idealvorstellung können ihre Ursache allerdings auch in der Anordnung der Elemente innerhalb der Liste haben. In diesem Fall müssen die Inhalte rearrangiert werden.

Als Beispiel will ich die Einordnung des Herantastens an den Sachverhalt anführen. Lange Zeit hatte ich diesen Arbeitsschritt dem Vorfeld der Rechtsanwendung zugeordnet. Dem lag die Annahme zu Grunde, ich müsse die mir vorliegenden Tatsachenberichte zunächst »wertfrei« lesen. Ich ging also davon aus, dass die erste Annäherung an den der Rechtsanwendung zu Grunde liegenden Ausschnitt der Lebenswirklichkeit zunächst frei von jeglicher rechtlicher Beurteilung erfolgen müsse. Daher stellte ich mir vor, dass die Erfassung des Sachverhalts in zwei separaten Schritten durchgeführt werden müsse. Der erste Schritt der Annäherung erfolge ohne jegliche rechtliche Bewertung und habe somit im Vorfeld der Rechtsanwendung zu liegen. Im zweiten Schritt müsse man den »wertfrei« erfassten Sachverhalt für die rechtliche Prüfung aufbereiten und daher müsse dieser Schritt auch der Herstellung der rechtlichen Lösung zugeordnet werden. Meine Liste sah in diesem Stadium etwa so aus:

Vorbereitung der rechtlichen Lösung

- ...
- Sachverhalt erfassen
- ...

Herstellung der rechtlichen Lösung

- ...
- Rechtssatz suchen und finden
- Sachverhalt mit Blick auf zu erwartende rechtliche Prüfung eingrenzen
- ...

Diese Auffassung verwarf ich jedoch im Rahmen der fortschreitenden reflexiven Praxis. Hier manifestierte sich nämlich mein Eindruck, dass meine Liste an diesem Punkt nicht mit meinen Erfahrungen übereinstimmte. Je länger ich über die Zuordnung des Erfassens des Sachverhaltes nachdachte, desto näher rückte dieser Arbeitsschritt an die Herstellung der rechtlichen Lösung heran. Diese Erkenntnis war insbesondere durch meine Eigenbeobachtung bedingt, dass ich vor der Erfassung des Sachverhaltes stets zuerst wissen wollte, was von mir verlangt wurde. Bevor ich beispielsweise eine Akte bearbeitete, musste ich klären, unter welchen Gesichtspunkten dies zu erfolgen hatte (etwa Schriftsatzentwurf oder Rechtsgutachten). In der Klausursituation las ich beispielsweise vor jeglicher Annäherung an den Inhalt der Vorlage stets den Bearbeitervermerk. Daraus folgerte ich, dass ich mich grundsätzlich dem Sachverhalt nicht »wertfrei«, sondern immer unter gewissen rechtlichen Gesichtspunkten annäherte – eine Erkenntnis, die ich nicht allein durch das Nachdenken sondern vor allem durch die Anordnung der Inhalte auf dem Papier gewonnen hatte. Entsprechend ging ich dazu über, das Erfassen des Sachverhaltes innerhalb der Liste der Herstellung der rechtlichen Lösung zuzuordnen. Diese Anordnung erschien mir einer idealen Rechtsanwendung wesentlich besser gerecht zu werden.

Im Vorfeld der Rechtsanwendung

- ...

Herstellung der rechtlichen Lösung

- Herantasten an den Sachverhalt
- ...
- Rechtssatz suchen, finden und benennen
- Rechtliche Prüfung im engeren Sinne
- ...

An dieser Stelle muss ich darauf hinweisen, dass die vorangegangenen Überlegungen nicht an den Kategorien »falsch« oder »richtig« gemessen werden dürfen. Mein exemplarisch aufgeführter Listenauszug dient nicht dazu, rechtstheoretisch zu bestimmen, in welchem Verhältnis Lebenssachverhalt und Gesetzestext stehen, sondern soll zeigen, wie ich den Versuch unternehme, meine Auseinandersetzung mit der Situation der praktischen Rechtsanwendung *für mich plausibel* zu erklären.

Mit regelmäßiger Übung der reflexiven Praxis wird man feststellen, wie manche Hintergrundinformationen, Handlungsanweisungen und/oder Denkmuster ihren Nutzen verlieren; sie werden *überflüssig*, weil sie innerhalb der Liste einen Raum einnehmen, der ihrer Bedeutung nicht mehr gerecht wird. In diesem Fall geht man dazu über, die Inhalte zu kürzen oder gar ganz zu verwerfen.

Zum einen kann es sein, dass man zu der Ansicht gelangt, dass ein Inhalt nicht mehr Bestandteil der Liste sein sollte, weil man nachträglich erkennt, dass er doch nicht für eine Vielzahl von Rechtsanwendung von Relevanz ist. So waren beispielsweise in meinen ersten Listen auch Unterbrechungen zwischen einzelnen, wichtigen Arbeitsschritten vermerkt. Ich hatte mir nämlich in der Klausursituation angewöhnt, nach der Herstellung der rechtlichen Lösung nicht sofort zur Darstellung der rechtlichen Lösung überzugehen, sondern von meinem Arbeitsplatz aufzustehen und eine kurze Pause einzulegen.

Herstellung der rechtlichen Lösung

- ...
- Pause/Sammeln

Darstellung der rechtlichen Lösung

- ...

Nach einiger Zeit begannen die entsprechenden Listeneinträge jedoch, mich zu stören. Sie passten insbesondere nicht zu meinen Erfahrungen der Rechtsanwendung in der Ausbildungspraxis, denn dort war der zeitliche Ablauf nicht derart rigoros festgelegt wie in der Klausursituation. Daher verzichtete ich in der Folge auf die Repräsentation fester Pausen in meiner Liste.

Herstellung der rechtlichen Lösung

- ...
- ~~Pause/Sammeln~~

Zum anderen gehen viele Inhalte mit zunehmender Dauer einer systematischen reflexiven Praxis stärker in unser Bewusstsein über. Wir *internalisieren* sie.⁴⁷⁴ Wir sind uns dieser Inhalte dann auch schon bei Anblick des bloßen Oberbegriffs *bewusst* und die Notwendigkeit ihrer Darstellung in der Liste entfällt. Der Oberbegriff repräsentiert für uns dann all das, was zuvor als Hintergrundinformationen und sonstigen Inhalten ihm auf der Liste untergeordnet war. In der Liste sind sie dann für uns überflüssig und können schließlich gestrichen werden. So können mit der Zeit ganze Abschnitte der Liste von mehrseitigen Ausführungen auf wenige Stichworte und Oberbegriffe konzentriert werden. Wie Sie etwa in meiner umfassenden Liste im Appendix sehen können, sind dort relativ ausführliche Hintergrundinformationen zur Unterscheidung der richterlichen und der anwaltlichen Arbeitsweise aufgeführt, die sich über mehrere Seiten erstrecken. Diese Inhalte waren nicht Gegenstand wiederholter Reflexion und somit hatte ich sie bis zum vorläufigen Ende meiner reflexiven Praxis noch nicht gekürzt. Das erklärt die Disproportionalität im Vergleich zu den übrigen Inhalten der Liste.

⁴⁷⁴ *Examenskandidaten* will ich an dieser Stelle darauf hinweisen, dass man in einer langfristigen systematischen reflexiven Praxis sich immer wieder auf's Neue der Klausursituation zuwendet und diese gedanklich nachvollzieht sowie simuliert. Man geht dabei stets seine Liste durch und vergegenwärtigt sich dabei ihren expliziten wie impliziten Gehalt. Dadurch überträgt sich dieser Gehalt und auch die Vorstellung vom idealen Verlauf einer Klausursituation nach und nach in das eigene Wissen. So lernt und übt man mit der Liste.

Das Ergänzen, Rearrangieren, Verwerfen und Kürzen von Inhalten der Liste demonstriert die überragende Bedeutung von Repräsentation und Diskontinuität. In einer systematischen reflexiven Praxis zeigt uns die Liste wesentlich mehr, als der Wortlaut einzelner Punkte und Inhalte vermuten lässt. Wir kennen die verkürzte Bedeutung, die hinter den Stichworten und Auszügen steckt. Auf die Darstellung und Sättigung der einzelnen Strukturelemente kommt es für uns nicht entscheidend an, sondern vielmehr auf ihre Auswahl und Anordnung. Dazu werden Sinneinheiten auf der Fläche des Papiers beziehungsweise des Bildschirms arrangiert. Die freibleibende Fläche impliziert, dass sie noch ausgefüllt werden könnte oder sollte. Sie kann ein Indikator dafür sein, dass wir noch etwas nicht berücksichtigt haben. Gleichzeitig zeigt sie unsere bewussten Auslassungen an. Sie grenzt ab und führt ebenso zusammen. Im Raum der freien Fläche können wir von unserer Idealvorstellung der Rechtsanwendung auf die konkrete Anwendungssituation schließen, denn im Freien hat das Besondere seinen Platz. Während der reflexiven Praxis füllen wir mithin diesen Raum gedanklich und schreibend aus. Wir annotieren und versehen ihn mit Strichen, Kreisen und Pfeilen; wir modellieren ihn anhand unserer Erfahrungen; unter Umständen räumen wir ihn auch wieder frei. Dabei denken wir in zeitlichen und sachlichen Relationen. Zudem denken wir in Konjunktionen.

Um das anhand eines Beispiels nachzuvollziehen, werfen Sie nun einen Blick auf meine vollständige Liste im Anhang. Blättern Sie einige Seiten durch, versuchen Sie ein paar Punkte und ihre Anordnung nachzuvollziehen. Versuchen Sie dabei die impliziten Konjunktionen von Anordnung und freier Fläche auszumachen.

Sind Inhalte im vertikalen Verlauf koordiniert (mit oder ohne Sequenzierung, also etwa 1. ... 2. ... 3. ...), kann dies beispielsweise bedeuten:

- »... und ...«,
- »... als nächstes ...«,
- »... dann könnte ...«,
- »... darauf folgt ...«

Stehen Inhalte im Verhältnis der Über- und Unterordnung können folgende Konjunktionen einschlägig sein:

- »... ist ...«,
- »... ist nicht ...«,
- »... erfordert ...«,
- »... bedeutet ...«,
- »... umfasst ...«,
- »... schließt aus ...«,
- »... Beispiel hierfür ist ...«,
- »... ist verwandt mit ...«,
- »... muss abgegrenzt werden von ...«,
- »... darf nicht verwechselt werden mit ...«,
- »... dann gib Acht auf ...«,
- »Wenn ... dann ...«,
- »... weil ...«,
- »Wenn ... dann ... weil ...«

Diese und ähnliche Konjunktionen sind es also, welche der Liste einen gedanklichen Zusammenhang geben und letztlich das Denken in zeitlichen und sachlichen Relationen ausmachen. Versuchen Sie es selbst: Schreiben Sie eine Liste über Ihre Idealvorstellung eines Geschehens der praktischen Rechtsanwendung. Erklären Sie sich, was Sie dabei tun und warum Sie so handeln und denken. Wenn Sie an einem Punkt unsicher sind oder nicht weiter wissen, verwenden Sie die oben aufgeführten Konjunktionen und ähnliche.

Genese

Meine Reflexion über die Rechtsanwendung war noch nicht derart systematisiert, wie ich Sie Ihnen hier beschreibe. Reflexives Denken ist eine Praxis die erlernt, geübt, angepasst und weiterentwickelt werden muss und leider stand mir keine spezifische Anleitung hierzu zur Verfügung. Die Denk- und Handlungsschritte, welche ich Ihnen hier vorschlage, basieren daher größtenteils auf einer nachträglichen Interpretation, Analyse und Fortentwicklung meines eigenen Vorgehens. Von der Arbeit an einem umfassenden Methodikskript bis hin zu einer Sammlung von Denkschritten und Arbeitstechniken –erst nach und nach erkannte ich ein ordnendes Verfahren. Dieses Verfahren des Nach- und Überdenkens nahm durch das Schreiben von Listen Gestalt an. Doch diese Listen waren niemals fertig, niemals völlig zufriedenstellend. Schließlich wurde mir klar: Es ging eigentlich gar nicht um die Herstellung eines Produktes (*das* einheitliche Wissen des Einheitsjuristen, *die* Struktur der praktischen Rechtsanwendung oder *das* Rezept zur perfekten Rechtsanwendung), sondern vielmehr um den Prozess der gedanklichen Auseinandersetzung mit dem eigenen Denken und Verhalten. Dieser Prozess war einer des Wandels. Wie sich die Inhalte und Anordnung der Elemente mit der Zeit verändern, veranschaulichen drei Beispiele für die *Genese* meiner Liste. Das Entscheidende ist, dass die Fortentwicklung der Listen auch den Wandel meines Verständnisses abbilden: Nicht nur meine Listen veränderten sich, sondern auch mein Denken und Handeln.

#1

- *Rechtsanwendung*
 - *Sachverhalt erfassen*
 - *Rechtssatz suchen und finden*
 - *Rechtssatz anwenden*
- *Technik des In-Betracht-Ziehens*
- *Wechselbezüglichkeit zwischen Tatumsständen und Rechtssatz*
- *Unterscheidung von Rechts- und Tatfragen*
- *Konkretisierung: Auslegung oder Subsumtion?*
- *Prognoseentscheidungen, Beurteilungsspielraum und Ermessen*
 - *Beurteilungsspielraum*
 - *Ermessensspielraum*
- *Juristischer Syllogismus*
- *Subsumtion*
- *Deduktive Begründungsstruktur*
- *Definition*
- *Stil*
 - *Gutachtenstil*
 - *Urteilsstil*
- *Widerspruchsfreiheit*
- *Kollisionsregeln*
- *Normkonkurrenz*
- *Eine sorgfältige Recherche ist immer noch und immer wieder die Basis der Jurisprudenz*
- *Juristische Antonyme*
- *Recht als dogmatisches System*
- *"Gesellschaftliches Recht"*
- *Kunst des Fallvergleichs*
- *Gesetzesauslegung als angewandte Hermeneutik*
- *Subsumtion und Fuzzy-Logik*
- *Auslegung von Normen*
- *Auslegung von Willenserklärungen*
- *Rechtsanwendung im Lückenbereich*
- *Abwägung*
- *Effektivitätsgebot*

#2

- I Sachverhalt erfassen
 - *Pendelblick*
- II Rechtssatz suchen und finden
 - Technik des In-Betracht-Ziehens
 - Praktische Anwendung der Urteilkraft
- III Rechtssatz anwenden
 - *Text – Methode – Ergebnis*
 - *Wechselbezüglichkeit zwischen Tatumsständen und Rechtssatz*
 - *Prüfungsmaßstab*
 - *Beweismaß*
 - *Prognoseprobleme*
 - *Unbestimmte Rechtsbegriffe, normative Begriffe, Beurteilungsspielraum und Ermessen*
 - *Deduktive Begründungsstruktur*
 - *Auslegung oder Subsumtion?*
 - *Auslegung*
 - *Auslegung von Normen*
 - *Auslegung von Willenserklärungen*
 - *Subsumtion*
 - *Gebote der Subsumtion*
 - *Methodik*
 - *Rechtsanwendung im Lückenbereich*
 - *Abwägung*
 - *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*
 - *Ermessensentscheidungen*
 - *Problemerkörterung und Argumentation*
 - *Wertungsfragen*
 - *Argumentation*
 - *Kunst des Fallvergleichs*
 - *Topoi*
 - *Stil*
 - *Gutachtenstil*
 - *Urteilsstil*
 - *Obersätze (im weitesten Sinn)*

#3

Im Vorfeld der Rechtsanwendung

- Den Zweck der, die eigene Rolle in sowie die Adressaten der Rechtsanwendung vergegenwärtigen
- Rahmenbedingungen der Rechtsanwendung berücksichtigen
- Unterscheidung Her- und Darstellung der rechtlichen Lösung

Herstellung der rechtlichen Lösung. Die rechtliche Würdigung

- Herantasten an den Sachverhalt
 - Vorbereitung der Entscheidungsgrundlage
- Formalia bestimmen
- Rechtssatz suchen, finden und benennen
- Mögliche Bestandteile der Lösung benennen, ordnen, strukturieren und schließlich die Probleme kennzeichnen
- Rechtliche Prüfung im engeren Sinne
 - Auslegungslesen
 - Auslegung
 - Die Wahrung des Sachverhaltsbezugs – auch bekannt als Subsumtion
 - Tatsachen feststellen. Beweise würdigen
 - Entscheidungen treffen, wenn eindeutige Rechtsfolgenanordnungen fehlen
 - Arbeitswerkzeug, Hilfsmittel, Material, Quellen verwenden
- Problemerkörterung und Argumentation
- Prüfung der gefundenen Lösung
- Mit der rechtliche Lösung weiterdenken

👉 Fahrplan für die Darstellung der rechtlichen Lösung erstellen 👉**Darstellung der rechtlichen Lösung. Die Niederschrift**

- Anforderungen der konkreten Bearbeitungsform bewusst machen und beachten
- Actio/Entäußerung

Praktische Hinweise

Im Vorangegangenen habe ich versucht, Ihnen zu vermitteln, wie man in einer systematischen reflexiven Praxis denken, lesen und schreiben kann. »Wie« ist jedoch ein mehrdeutiges Interrogativpronomen; offen geblieben ist bis hierhin, wie beziehungsweise mit welchen Werkzeugen die Liste gefertigt werden soll.

Grundsätzlich bin ich der Auffassung, dass wir zur Reflexion mit Stift und Papier arbeiten sollten. Wer sich einer systematischen reflexiven Praxis mit einer Liste langfristig widmet, wird jedoch feststellen, dass der Umfang der Liste derart anwachsen wird, dass eine rein handschriftliche Bearbeitung *unpraktisch* wird. Mit gutem Willen lassen sich etwa 15 Din-A4-Seiten noch überblicken, sofern man sie auf einem großen Tisch oder dem Boden auslegt. Ab einem bestimmten Punkt ist das allerdings nicht mehr praktikabel und zielführend. Sobald also unsere geschriebene Liste eine gewisse Sättigung erreicht, können wir die Relationen der einzelnen Inhalte nicht mehr auf einen Blick erfassen. Meine Liste umfasste beispielsweise nach einem Jahr regelmäßiger Übung zwischen 80 und 120 Seiten. Hier besteht freilich Gefahr, dass die Liste unübersichtlich oder gar zusammenhangslos wird. Dies kann letztlich zum Aus der reflexiven Praxis führen.

Daher möchte ich zu Folgendem raten: Sobald Sie erste Vorüberlegungen zur Liste handschriftlich abgeschlossen haben, gehen Sie dazu über die Liste digital mit Hilfe eines Outliner-Programms zu führen. Diese Programme dienen dazu hierarchische Gliederungen zu erstellen. Der große Vorteil besteht darin, dass einzelne Einträge beliebig verschoben und angeordnet werden können. Entscheidend ist jedoch, dass man die Möglichkeit hat, untergeordnete Einträge sämtlicher Ebenen einfach auszublenden. So kann man sich schnell und gezielt zu den jeweils im Fokus stehenden Elementen der Listen klicken und läuft nicht Gefahr, das große Ganze aus den Augen zu verlieren.

Ich selbst habe meine Liste mit dem Programm OmniOutliner⁴⁷⁵ geführt. Dieses Programm eignet sich hervorragend für unsere Zwecke, ist jedoch bis dato nur für Apple Computer erhältlich. Eine Alternative für

⁴⁷⁵ Siehe : <<https://www.omnigroup.com/omnioutliner>>; zuletzt aufgerufen am: 17. Mai 2017.

Nutzer von Windows kann die frei erhältliche Anwendung UVOutliner⁴⁷⁶ sein. Diese Empfehlung gilt jedoch nur unter Vorbehalt, da ich das Programm nicht ausgiebig getestet habe.

Beste Erfahrungen habe ich schließlich mit einer Mischung des Digitalen und des Handschriftlichen gemacht. Immer wenn ich in gewisser Weise mit meiner Liste zufrieden war, druckte ich diese aus und verwendete den Ausdruck für meine allgemeine Reflexion. Den Ausdruck zur Hand reflektierte ich beispielsweise über einzelne Anwendungssituationen oder vergegenwärtigte mir bestimmte Arbeitsschritte. Dabei machte handschriftliche Anmerkungen, unterstrich und strich durch. Sobald größere strukturelle Änderungen der Liste erforderlich wurden, kehrte ich wieder zurück zum Computer.

Das funktionierte für mich. Sie werden allerdings selbst ausprobieren müssen, was für Sie funktioniert.

⁴⁷⁶ Siehe: <<http://uvoutliner.com>>; zuletzt aufgerufen am: 17. Mai 2017.

Denken in Variationen, Relationen und Konjunktionen

Ich habe Ihnen nun einen konkreten Vorschlag unterbreitet, wie Sie sich eine systematische reflexive Praxis aneignen können. Nun könnten Sie darauf bestehen, dass ich noch den objektiven Nachweis über die Wirksamkeit meiner systematischen reflexiven Praxis erbringe. Sie könnten fordern, dass ich dazu eine qualitative Studie anführen müsse. Doch könnte ich Sie mit ihren Ergebnisse überzeugen? Würden der Aufwand und der Ertrag für eine solche Studie für mein Anliegen in einem angemessenen Verhältnis stehen?

Zunächst einmal müsste man zwei Vergleichsgruppen von hinreichender Größe bilden. Diese Gruppen könnten etwa jeweils 150-250 Kandidaten auf das Assessorexamen mit vergleichbaren Leistungsstärken und ähnlichen Voraussetzungen umfassen. Die eine Gruppe würde man eine systematische reflexive Praxis durchführen lassen, die andere nicht. Schließlich würden beide Gruppen, die selben Examensprüfungen ablegen. Nun könnte man die Prüfungsergebnisse und die qualitativen Interviews, die man mit beiden Gruppen vor, während und nach der Examensvorbereitung durchgeführt hätte, auswerten, vergleichen und Schlussfolgerungen ziehen.

Ich bin mir sicher, dass ich durch eine solche – für mich tatsächlich nicht realisierbare – Studie Fakten und Beweise für die Wirksamkeit einer systematischen reflexiven Praxis erhalten würde. Ich hätte damit weitere gute Argumente für eine systematische reflexive Praxis. Allerdings hätte sich nichts daran geändert, dass Sie es selbst ausprobieren müssen, um meine Ausführungen auf ihre *subjektive* Richtigkeit prüfen zu können. Denn erst im Schreiben für und über sich selbst werden Sie den persönlichen Nutzen einer systematischen reflexiven Praxis erfahren und für sich definieren können, denn erst wenn Sie sehen, was Sie schreiben, wissen Sie, was Sie denken. Erst durch das Nachdenken über Ihre Erfahrungen in Form einer Gesamtheit an Rechtsanwendung werden Sie ein Bewusstsein für die essenziellen Elemente Ihrer Tätigkeit entwickeln können, denn erst wenn Sie wissen, was das große Ganze ausmacht, lassen sich die Verhältnisse der einzelnen Teile zueinander bestimmen. Erst durch die Auseinandersetzung mit der Liste als Medium der Reflexion über die subjektive Erfahrung des Geschehens der

praktischen Rechtsanwendung werden Sie verstehen, was ich meine, wenn ich behaupte, dass eine systematische reflexive Praxis in einer bestimmten Denkweise resultiert, denn nur durch den Umgang mit der Liste werden Sie erfahren können, was es heißt, in Variationen, Konjunktionen sowie in zeitlichen und sachlichen Relationen zu denken.

Fünfter Schritt

—

Weiterdenken

Über die Liste hinaus

Bis zu diesem Punkt haben wir eine neue Perspektive auf unser Wirken gewonnen. Darauf aufbauend habe ich Ihnen Denkweisen vorgestellt, mit der Sie Ihre Erfahrungen zusammenfassen und auf Gemeinsamkeiten, Unterschiede und Variationsmöglichkeiten hin analysieren können. Um diese Denkweisen anzuregen habe ich Ihnen die Auseinandersetzung mit einer Liste als Reflexionsmedium vorgeschlagen. Eine so eingetragene systematische reflexive Praxis sollte schließlich darin resultieren, dass Sie *auf die Liste hin denken*: Die Fragen, »Wann könnte dieser Inhalt für meine Auseinandersetzung mit der Situation der praktischen Rechtsanwendung relevant sein?« und »Warum ist dieser Inhalt für mich relevant und wie steht er in Verbindung zu anderen relevanten Inhalten?«, gehen über in die Fragen, »Wo kann dieser Inhalt in meine Liste integriert werden?«, »Wie kann dies sinnvollerweise geschehen?« und »Welche neuen Erkenntnisse lassen sich hieraus gewinnen?«.

Haben wir also bisher auf die Liste hin gedacht, wollen wir diesem fünften Schritt *über die Liste hinaus denken*. Ich will Ihnen zeigen, dass sich die systematische reflexive Praxis und die aus ihr hervorgehenden Erkenntnisse nicht auf die Liste reduziert werden können. Dazu will ich erläutern, was meine Liste *mir* zeigt. Es handelt sich gewissermaßen um *originäre* Erkenntnisse *meiner* reflexiven Praxis. Jedoch will ich diese Erkenntnisse hier nicht verallgemeinern beziehungsweise »verobjektivieren«. Vielmehr möchte ich sie Ihnen hier als *Vorschläge* präsentieren – Vorschläge, wie man meine Liste interpretieren und was man daraus schließen kann.

Zunächst will ich beschreiben, inwiefern meine Liste mir eine Struktur der praktischen Rechtsanwendung zeigt und wie daraus auf die essenziellen Elemente der praktischen Rechtsanwendung geschlossen werden kann. Danach will ich erläutern, inwiefern uns der Umgang mit Liste eine Vorstellung von *guter* Rechtsanwendung vermittelt. Daran anschließend wollen wir gemeinsam über kognitive Prozesse während der Rechtsanwendung spekulieren und der Frage nachgehen, wie sich diese Prozesse mit der Liste und unserer Vorstellung von unserer Tätigkeit vereinbaren lassen. Zum Abschluss möchte ich noch kurz darauf ein-

gehen, wie wir durch unserer systematische reflexive Praxis mehr über das »Mysterium« Urteilskraft erfahren können.

Meine Vorschläge sollen Ihnen als Anreiz dienen, sie in Ihrer reflexiven Praxis nachzuprüfen. Wie auch zuvor geht es vor allem darum, dass wir gemeinsam konstruktiv über praktische Rechtsanwendung nachdenken. Unter Umständen werden Sie meine Vorschläge für unzutreffend halten oder gar vollständig ablehnen. Nichtsdestotrotz habe ich mein Ziel bereits dann erreicht, wenn Sie sich dazu ernsthaft mit Ihrem Wirken auseinandergesetzt haben.

Eine Struktur der praktischen Rechtsanwendung

Wir haben uns bereits eingehend mit den allgemeinen, und den besonderen Strukturelementen der Liste als unser Reflexionsmedium befasst. Dabei haben wir festgestellt, dass diese Merkmale für sich genommen zwar relativ simpel sind (eine Liste hat einen Anfang und ein Ende und Inhalte können vertikal wie horizontal platziert werden), jedoch komplexe Kombinationen und Interpretationen zulassen. Der Sinn und Zweck der Liste bestimmt ihre Konstruktion und Lesart und dadurch ihren Sinngehalt. Die Struktur der Liste ist mithin eng verknüpft mit einer Struktur des Dargestellten. Allerdings sollte uns immer klar sein, dass die Struktur der Liste *nicht* mit der Struktur des Dargestellten *gleichgesetzt* werden darf. Wenn wir eine Struktur als das Beziehungsgefüge der Elemente eines Ganzen definieren,⁴⁷⁷ macht es einen erheblichen Unterschied, ob das »Ganze« die Liste oder der ideale Verlauf der praktischen Rechtsanwendung ist.

Die Liste ist unser Medium, welches wir zur Hand nehmen und bearbeiten, um uns konstruktiv mit unserem Denken und Wirken auseinanderzusetzen. Als Medium ist Sie ein Gegenstand; sie liegt auf dem Tisch oder erscheint auf dem Computerbildschirm. Sie ist in dieser Hinsicht

⁴⁷⁷ Diese Nominaldefinition beruht auf Überlegungen zur lexikalischen Definition aus dem Duden; vgl. *Duden*, Das Fremdwörterlexikon, 10. Aufl. (2010), S. 998, Stichwort »Struktur«.

nichts weiter als ein Datenträger; sie muss interpretiert werden, um eine Wirkung zu erzeugen und erst wenn wir sie interpretieren, entsteht eine Vorstellung von einer Struktur der praktischen Rechtsanwendung *in unseren Köpfen*. Das »Ganze« ist in diesem Fall unsere Idealvorstellung vom Ablauf des Geschehens. Die Elemente dieses Ablaufs sind Denkweisen, Handlungsmuster und Hintergrundinformationen, welche uns für unsere Tätigkeit relevant erscheinen. Diese Elemente stehen in einem Beziehungsgefüge, von dem wir ausgehen, dass es uns eine optimale Vorgehensweise ermöglichen würde.

Nur all zu gerne hätte ich Ihnen im Rahmen dieser Arbeit ein Produkt präsentiert, sozusagen *die* Struktur der praktischen Rechtsanwendung. Tatsächlich waren meine frühen Ansätze mit diesem Arbeitstitel versehen. Doch je mehr ich mich mit der Frage nach einer verallgemeinerungsfähigen Struktur oder den absolut essenziellen Elementen der Rechtsanwendung auseinandersetzte, desto klarer wurde mir, dass es *die* Struktur der praktischen Rechtsanwendung nicht geben kann – zumindest dann nicht, wenn man praktische Rechtsanwendung als eine menschliche, komplexe und heterogene Tätigkeit begreift, welche auf die Veränderung von Zuständen der sozialen Lebenswirklichkeit abzielt. Die Tätigkeit, über die wir hier nachdenken, ist derart vielschichtig und vielfältig, dass sie sich nicht in *eine* Struktur zwängen lässt. Gleichwohl bin auch zu der Ansicht gelangt, dass man mit einer andauernden reflexiven Praxis nicht nur die eigene subjektiv-ideale Theorie praktischer Rechtsanwendung ausbildet, sondern auch die Vorstellung von *einer* Struktur der Rechtsanwendung. Wenn Sie sich *meine im Appendix vollständig abgedruckte und kommentierte Liste* ansehen, werden Sie meine Vorstellung von einer solchen Struktur bestenfalls erraten können, denn einerseits ist die Liste nicht dazu bestimmt von Ihnen gelesen zu werden,⁴⁷⁸ andererseits kann die Liste nicht annähernd das abbilden, was als Sinnvorstellung in meinem Kopf existiert. Dennoch sollten Sie versuchen meine Vorstellung von strukturierter Rechtsanwendung nachzuvollziehen und mit Ihren eigenen Annahmen und Erfahrungen zu vergleichen. Zu diesem Zwecke habe ich meine Liste im Appendix auch mit einer »Leseanleitung« sowie mit Kommentaren versehen.

⁴⁷⁸ Was das heißt, können Sie der Leseanleitung zu der Liste im Appendix entnehmen.

Eine – Sie eventuell enttäuschende – Schlussfolgerung aus dem Umstand, dass es *die* Struktur der praktischen Rechtsanwendung nicht gibt ist, dass es auch nicht *die* essenziellen Elemente der Rechtsanwendung geben kann. Die Frage, was essenziell ist, ist eine kontextgebundene Wertungsfrage und richtet sich nach den Anforderung der jeweiligen Rolle, die ein Rechtsanwender einnimmt. Allerdings kann man sich auch diesbezüglich im Rahmen einer reflexiven Praxis eine eigene Meinung bilden. Anordnen, Ergänzen, Rearrangieren, Kürzen und Verwerfen der Inhalte der Liste führen nämlich langfristig dazu, dass sich bestimmte Inhalte herauskristallisieren. Man möchte diese nicht missen, nicht mehr verändern, dienen sie einem doch als *Wegweiser* während der Reflexion. Diese wegweisenden Elemente sind für mich schließlich das, was ich unter *essenziellen Elementen* der praktischen Rechtsanwendung verstehe. Sie sind je nach Einzelfall mal stärker, mal schwächer ausgeprägt, spielen jedoch bei *jeder* für mich denkbaren Anwendungssituation eine wichtige Rolle. Sie bilden für mich eine Art Grundgerüst der Rechtsanwendung. Insofern lässt ein Blick auf *meine* essenziellen Elemente Schlüsse darauf zu, wie das Grundgerüst meiner Struktur beschaffen ist. In meiner im Appendix vollständig abgedruckten Liste erkennen Sie diese essenziellen Elemente daran, dass sie mit einem Alinea (§) gekennzeichnet sind. An dieser Stelle wollen wir sie jedoch einmal für sich genommen betrachten:

Im Vorfeld der Rechtsanwendung

- Den Zweck der, die eigene Rolle in sowie die Adressaten der Rechtsanwendung vergegenwärtigen
- Rahmenbedingungen der Rechtsanwendung berücksichtigen
- Unterscheidung Her- und Darstellung der rechtlichen Lösung

Herstellung der rechtlichen Lösung. Die rechtliche Würdigung

- Herantasten an den Sachverhalt
 - Vorbereitung der Entscheidungsgrundlage
- Formalia bestimmen
- Rechtssatz suchen, finden und benennen
- Mögliche Bestandteile der Lösung benennen, ordnen, strukturieren und schließlich die Probleme kennzeichnen

- Rechtliche Prüfung im engeren Sinne
 - Auslegungslesen
 - Auslegung
 - Die Wahrung des Sachverhaltsbezugs – auch bekannt als Subsumtion
 - Tatsachen feststellen. Beweise würdigen
 - Entscheidungen treffen, wenn eindeutige Rechtsfolgenanordnungen fehlen
 - Arbeitswerkzeug, Hilfsmittel, Material, Quellen verwenden
- Problemerkörterung und Argumentation
- Prüfung der Lösung
- Mit der rechtliche Lösung weiterdenken

☞ Während der Herstellung der rechtlichen Lösung erstellt man gleichzeitig den »Fahrplan« für die Darstellung der rechtlichen Lösung ☞

Darstellung der rechtlichen Lösung. Die Niederschrift

- Anforderungen der konkreten Bearbeitungsform bewusst machen und beachten
- Actio/Entäußerung

Mehr als eine Andeutung meiner Vorstellung von einer Struktur der praktischen Rechtsanwendung wird jedoch auch dieses Grundgerüst nicht vermitteln können. Es bleibt dabei, dass Sie selbst eine systematische reflexive Praxis ausüben müssen, um nachvollziehen zu können, wie das Nachdenken über Relationen und Strukturen auf das eigene Denken zurückwirkt und es seinerseits strukturiert. Allerdings lassen aus der oben dargestellten Liste meiner essenziellen Elemente noch interessante Schlussfolgerungen ziehen, über die es sich zu reflektieren lohnt. Es wird zwar kaum überraschen, dass ich Inhalte wie das Herantasten an den Sachverhalt, die Auslegung oder die Subsumtion als essenzielle Elemente der Rechtsanwendung ansehe, denn nach dem allgemeinen professionellen Selbstverständnis von uns Juristen, repräsentieren gerade diese Arbeitsschritte die fachgerechte Vorgehensweise zur Anwendung standardisierter Lösungsmuster auf die im Einzelfall vorliegenden Probleme. Jedoch sind meiner Ansicht nach auch solche Elemente als essenziell anzusehen, welche regelmäßig als sekundäre Tätigkeiten

beziehungsweise als Hilfstätigkeiten aufgefasst werden. Dabei handelt es sich beispielsweise um:

- Die Vergegenwärtigung des Zwecks und des Adressaten der Rechtsanwendung,
- die Berücksichtigung der Rahmenbedingungen,
- die Bestimmung der Formalia,
- das Such- und Auslegungslesen,
- die Verwendung von Arbeitsmaterialien,
- die Erstellung eines Fahrplanes zur Lösung oder
- die Entäußerung der rechtlichen Lösung.

Diese Elemente sind für die praktische Rechtsanwendung essenziell, da wir ohne sie das Recht nicht zur Veränderung eines Zustandes in der Lebenswirklichkeit anwenden können. So wird zum Beispiel die grundlegende Bedeutung des systematischen und kundigen Lesens des Gesetzes deutlich, wenn man sich einen juristischen Laien vorstellt,⁴⁷⁹ der die Voraussetzungen zur Beurteilungen der Rechtmäßigkeit eines Bebauungsplanes heraussuchen und aufbereiten soll. Für den professionellen Rechtsanwender sind das Such- und das Auslegungslesen derart selbstverständlich, dass es ihm sogar schwerfällt, sich überhaupt in die Situation des Laien hineinzusetzen, denn Juristen nehmen das Lesen von Gesetzen noch nicht einmal mehr als besondere Routine wahr. Dennoch lässt sich nicht bezweifeln, dass die Herstellung einer fachgerechten rechtlichen Lösung ohne das »Know-how« zum professionellen Lesen nicht möglich ist. Der Laie wird mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit der ihm gestellten Aufgabe nicht gerecht werden. Selbiges gilt auch für die restlichen, beispielhaft angeführten Elemente; ohne sie ist fachgerechte praktische Rechtsanwendung nur schwer denkbar – ein Punkt, mit dem wir uns bereits im Zusammenhang mit der besonderen Bedeutung des schriftlichen Herantastens an eine mögliche Lösung befasst haben.

⁴⁷⁹ Für den professionellen Rechtsanwender ist allein diese Vorstellung nur schwer möglich, denn Such- und Auslegungslesen sind für uns Juristen derart selbstverständlich, dass wir diese Handlungen nicht einmal mehr als Routine wahrnehmen; wir nehmen sie in aller Regel überhaupt nicht mehr bewusst wahr.

Denken wir also über die Liste hinaus und versuche uns eine Vorstellung von einer Struktur und den essenziellen Elementen der praktischen Rechtsanwendung zu machen, erkennen wir, dass wir auch solche Elemente als essenziell würdigen können müssen, welche nur mittelbar der fachgerechten Anwendung standardisierter Lösungsmuster dienen. In diesem Zusammenhang will ich die Analogie zum Kochen wieder aufgreifen: Wir betrachten nicht bloß das Essen auf dem Teller, sondern werfen auch einen Blick in die Küche.⁴⁸⁰ Wir erkennen, dass es nicht nur darum geht, präzise abgewogene Zutaten gemäß einem Rezept zu verarbeiten, sondern auch um Vorbereitung, handwerkliches Geschick, Organisation und Flexibilität. Wer das Recht fachgerecht zu Anwendung bringen und dadurch einen Zustand der Lebenswirklichkeit beeinflussen will, der muss mehr leisten, als einen Sachverhalt zu erfassen, auszulegen und zu subsumieren. Es bedarf einer Herangehensweise, welche es dem Rechtsanwender ermöglicht, seine Gedanken zusammenzuhalten, Komplexität zu meistern und seiner Verantwortung gerecht zu werden. Es handelt sich mithin nicht nur um spezifische Denk- und Verfahrensweisen, sondern um eine bestimmte Geisteshaltung. In der Gastronomie finden wir eine Entsprechung in dem sogenannten *mis en place*. Hierzu schreibt der Spitzenkoch Anthony Bourdain:

The absolute foundation of professional cooking, and the most useful thing I can teach you, is the concept of *mise en place*. As a cook, your »meez« is your first principle, your belief system, your religion, your Tao. All else springs from this basic relationship with your food and your environment. Literally speaking, *mis en place* means »put in place«, but it is so much more than that. For the professional, one's meez is an obsession, one's sword and shield, the only thing standing between you and chaos. If you have your meez right, it means you have your head together, you are »set up«, stocked, organized, ready with everything you need and are likely to need for the tasks at hand. You know where everything is. You know how much you have. (The right amount of course.) As a result, your mind is similarly arranged, rested, and ready to cook – a perfect mirror of your work area.⁴⁸¹

⁴⁸⁰ Vgl. hier S. 146.

⁴⁸¹ Bourdain/de Meirelles/Lajaunie, Les Halles Cookbook, 2004, S. 22. Meine Übersetzung lautet: »Die absolute Grundlage professionellen Kochens und das wohl nützlichste, was ich Ihnen vermitteln kann, ist das Konzept des *mis en place*. Für einen Koch ist das »mise«

Das Nachdenken über eine Struktur der praktischen Rechtsanwendung kann uns zu unserem juristischen *mis en place* führen, zu einer geordneten wie integren Geisteshaltung gegenüber unserem juristischen Wirken.

So führte mich meine systematische reflexive Praxis schließlich zu einem ordnenden Prinzip im Hinblick auf mein gesamtes juristisches Wissen, denn die aus ihr resultierende Struktur gab dem *Zusammengestellten* einen *Zusammenhang*.⁴⁸² Anfangs versuchte ich ein Methodikskript zu schreiben, dann ging ich dazu über, sämtliche mir nützlich erscheinenden Inhalte zu sammeln. Ich fertigte einfachen Listen an und bemerkte, dass sich diese verkomplizieren ließen. Ich erkannte, dass ich Regelmäßigkeiten und Unterschiede identifizieren konnte, wenn ich die Rechtsanwendung als eine subjektive Erfahrung auffasste. Metaphorisch ausgedrückt, konnte ich nun aus der Mikroperspektive der juristischen Fachbereiche herauszuzoomen und so zu einem Überblick über die Rechtsanwendung in der Makroperspektive gelangen. Ich bemerkte, wie der Ablauf des Geschehens zu einem *strukturierten großen Ganzen* führte, in dem meine Erfahrungen zusammengefasst und Inhalte integriert und ins Verhältnis gesetzt werden konnten. Die Liste war mein materielles Bezugsobjekt, die Struktur mein mentaler Bezugsrahmen. Ich begann auf die Liste *und* die Struktur hin zu denken und zu lesen. Selbst wenn ich Inhalte nicht in die Liste übertrug, hatte ich sie doch zuvor zu den

das erste Prinzip, das Glaubenssystem, die Religion, das Tao. Alles weitere entspringt diesem grundlegendem Verhältnis zu den zu verarbeitenden Nahrungsmitteln und Ihrer Umgebung. Wortwörtlich bedeutet *mis en place* »an Ort und Stelle setzen«, aber das Konzept umfasst so viel mehr als das. Für den Profi ist die »mis« eine Obsession, sein Schwert und Schild, das einzige, was zwischen ihm und dem Chaos steht. Wenn Sie Ihr »mis« meistern, folgt daraus, dass Sie ihre Gedanken zusammen haben, dass Sie bereit, ausgestattet und organisiert sind; es bedeutet, dass Sie mit all dem fertig sind, was Sie für die Aufgabe, die vor Ihnen liegt, benötigen oder wahrscheinlich benötigen werden. Sie wissen auf was Sie zurückgreifen können (natürlich kennen Sie auch die benötigten Mengen). Folglich ist Ihr Geist in ähnlicher Weise arrangiert, ausgeruht und bereit zu kochen - ein perfektes Spiegelbild ihres Arbeitsplatzes.«

⁴⁸² Vgl. Hoffmann, Wie Lesen? in: Griessecke (Hrsg.), Werkstätten des Möglichen 1930-1936, 2008, S. 45 (52).

Inhalten meiner Struktur in Relation gesetzt. Die Auseinandersetzung mit Liste und Struktur wurden so zu einer Mnemotechnik, denn man verknüpft Erfahrungen, Gedanken und Lerninhalte mit Orten – Orten auf dem Papier und Orten in Gedanken.⁴⁸³

Darüber hinaus wurde meine Vorstellung von einer Struktur der praktischen Rechtsanwendung zu meinem ersten Ansatzpunkt in solchen Situationen, in denen ich im Einzelfall nicht mehr weiter wusste. Die kritische Prüfung und Variation meiner Vorstellung von einer Struktur der Rechtsanwendung wurde zu einer erfolgreichen Vorgehensweise, um derartigen Situation zu begegnen.⁴⁸⁴

Festzuhalten bleibt, dass *eine* Struktur der praktischen Rechtsanwendung kein Produkt ist, welches wir konsumieren können, sondern eine Vorstellung unserer Tätigkeit, die wir uns im Wege der Reflexion aneignen und stets kritisch prüfen müssen. Im nachfolgenden Abschnitt wollen wir uns einer weiteren Vorstellung zuwenden, die man in diesem Zusammenhang entwickeln kann. Lassen Sie uns über eine Vorstellung von *guter* Rechtsanwendung nachdenken.

Eine eigene Vorstellung von guter Rechtsanwendung

Wenn Sie sich meine vollständige Liste im Appendix ansehen, werden Sie dort keine Einträge zur *guten* Rechtsanwendung finden. Die Liste beinhaltet weder Wertehierarchien noch sonstige explizite Maßstäbe für die Qualität des Ergebnisses der Rechtsanwendung im Einzelfall. Zwar habe ich mir Gedanken zur Überprüfung der rechtlichen Lösung gemacht, diese beschränken sich allerdings auf ihre Kohärenz und Wider-

⁴⁸³ Die Parallelen zur Mnemonik mit Orten und Bildern sind unverkennbar; römische Rhetoren – allen voran Cicero – verwendeten diese Technik, um ihre höchst umfangreichen Gerichtsreden auswendig zu lernen. Eine Übersicht zu den Quellen der klassischen Gedächtniskunst bietet: Yates, Gedächtnis und Erinnern, 7. Aufl. (2012), S. 11 ff.

⁴⁸⁴ Eine Denkstrategie, die Donald S. Schön als »reflection-in-action« bezeichnet; siehe hier im Text auf S. 145.

spruchsfreiheit. Die Ausrichtung der Liste ist insofern *ergebnisneutral* gehalten, was dem Umstand geschuldet ist, dass ich mich an der einheitlichen Arbeitsweise des Einheitsjuristen orientierte. Ein sozialer Konflikt muss aus verschiedenen Rollen behandelt werden können und jede Rolle bringt unterschiedliche Anforderungen an die Qualität der Rechtsanwendung mit sich. Allerdings heißt das nicht, dass ich selbst der Rechtsanwendung völlig wertneutral gegenüber stehe. Denn durch die systematische reflexive Praxis habe ich nicht nur ein eigenes Qualitätsempfinden im Hinblick auf mein Wirken ausgebildet. Ich habe auch gelernt, über die Liste hinaus zu denken und mir eine persönliche Vorstellung von *guter* Rechtsanwendung zu machen. Während meiner systematischen reflexiven Praxis fragte ich nicht nur nach dem idealen Verlauf der praktischen Rechtsanwendung, sondern auch nach ihrem idealen Ergebnis. Ich formulierte Antworten auf die Fragen, welche ich Ihnen bereits im ersten Schritt hin zu einer reflexiven Praxis präsentiert habe.⁴⁸⁵ An dieser Stelle wiederhole ich sie, denn bestenfalls lesen Sie sie nun – in diesem fünften Schritt – aus einer neuen Sichtweise:

- Was halte ich für eine gute Lösung eines sozialen Konfliktes?
- Was sind die rechtlichen Standards für die Qualität meiner Arbeit?
- Was soll der moralische Standard für die Qualität meiner Arbeit sein?
- Was sind rhetorische und ästhetische Standards, an denen ich meine Arbeit messe?
- Inwiefern bewerte ich die Belange der von meinem Handeln Betroffenen?
- Werde ich von anderen verstanden, kann ich andere überzeugen?
- Wie erfahren die Beteiligten und/oder die Betroffenen mein Handeln und meine Äußerungen?
- Was sind schlechte, zu vermeidende Effekte bestimmter Handlungen?
- Wie können diese vermieden werden?
- Kann ich mein Handeln vor mir selbst und anderen rechtfertigen?

⁴⁸⁵ Vgl. S. 51 f.

- Könnte ich damit leben, von anderen ebenso behandelt zu werden?
- Was empfinde ich bei meiner Arbeit?
- Welchen Sinn hat mein Handeln?

Durch die stete Auseinandersetzung mit diesen Fragen gelangte ich zu einer persönlichen Vorstellung davon, wann Rechtsanwendung *gut*, nicht so gut oder gar schlecht ist. Diese Vorstellung wirkte auf die Rechtsanwendung im Einzelfall zurück und veränderte sich wiederum im Hinblick auf neue Erfahrungen. Sie ist persönlich sowie dynamisch und daher macht es hier auch keinen Sinn, zu erläutern, was genau *ich* unter *guter* Rechtsanwendung verstehen. Es geht hier vielmehr darum, dass wir anerkennen, dass die Suche nach Antworten auf die obigen Fragen eine bestimmte Geisteshaltung voraussetzt und eine gewisse *Hal-tung* gegenüber seinem professionellen Wirken als Rechtsanwender mit sich bringt.⁴⁸⁶

Interessanterweise wird die Bedeutung einer Vorstellung von *guter* Rechtsanwendung durch das allgemeine Selbstverständnis von Juristen diskreditiert. Denn wenn Rechtsanwendung in der Anwendung eines objektiven und standardisierten Verfahrens besteht, dann ergibt sich *gute* Rechtsanwendung quasi von selbst, sofern nur das Verfahren ordentlich in die Tat umgesetzt wird. Im Hinblick auf das Leitmotiv der Objektivität der Rechtsanwendung macht diese Sichtweise durchaus Sinn. Denn ist ein Verfahren objektiv, kommt es auf die Vorlieben und Vorurteile des einzelnen Anwenders gerade nicht an. Allerdings ist Folge dieser Sichtweise, dass unsere Verantwortung als Rechtsanwender verwässert wird. Denn weder Werte noch der Zweck der Institution des Rechts verwirklichen sich von selbst. Wir müssen uns die Aufgabe ihrer Verwirklichung vielmehr zu eigen machen, wenn das Recht funktionieren soll, und genau dafür brauchen wir eine *eigene* Vorstellung davon,

⁴⁸⁶ Diese Sichtweise ist stark von Quintilian geprägt: » ... ich sage nämlich nicht nur, dass, wer ein Redner ist, ein Ehrenmann sein muss, sonder dass auch nur ein Ehrenmann überhaupt ein Redner werden kann.« *Quintilianus*, Ausbildung des Redners, XII. Buch, S. 687, Ziff. 3. Für Quintilian war es mithin selbstverständlich, dass wer ein guter Redner und Jurist sein wollte, auch ein guter Mensch sein wollen musste.

was *gut* ist. Es ist Teil unserer professionellen Verantwortung als Rechtsanwender, dafür zu sorgen, dass unbestimmbare Konzepte wie etwa Gerechtigkeit oder Rechtssicherheit verwirklicht werden. Es mag pathetisch klingen, aber hierbei handelt es nicht um eine weiche, philosophische Sichtweise auf die juristische Tätigkeit, sondern es geht tatsächlich um *die* Machtfrage im Rechtsstaat⁴⁸⁷, es geht um die Bindung des juristischen Entscheidungsträgers an das Gesetz.

Unser Rechtssystem hat sich mit der Entscheidung für die Kodifikation unausweichlich für die Bindung des Richters an diese Kodifikation entschieden⁴⁸⁸, während die Souveränität im Rechtsstaat dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber zusteht. Doch wie kann die Bindung der Richter an das Gesetz sichergestellt werden, wenn das Gesetz nicht stets eindeutig und niemals allumfassend sein kann? Bernd Rüthers ist der aktuell wohl prominenteste Verfechter der Ansicht, dass Gesetzesbindung durch die juristische Methodenlehre sichergestellt werden müsse:

Eine klare, in den Grundzügen verbindliche juristische Methodenlehre der Rechtsanwendung ist ein notwendiges Sicherungsinstrument der Verfassung zur Gewährleistung der Gewaltenteilung (Rechtsstaat!) und der Demokratie. Gesetzesbindung und Unabhängigkeit der Richter sind unverzichtbare und untrennbare Grundlagen eines demokratischen Rechtsstaates⁴⁸⁹.

Die Methodenlehre ist nach Rüthers Verständnis entscheidend zur Verwirklichung der Rechtsetzungsprärogative des demokratischen Souveräns, welche verfassungsrechtlich in Art. 20 Abs. 3 und 97 Abs. 1 Grundgesetz (GG) verankert sind.⁴⁹⁰ Sie solle demnach sicherstellen, dass die Entscheidung des Richters im Einzelfall durch das Gesetz bestimmt wird und nicht durch das richterliche Belieben. Im Idealfall stelle der Richter die Beziehung zwischen anwendbarem Gesetz und Lebenssachverhalt her und werde durch die methodischen Vorgaben angeleitet. Alles weitere ergebe sich dann aus der Kodifikation – das gängige professionelle Selbstverständnis der juristischen Zunft lässt grüßen.

⁴⁸⁷ Rüthers, FAZ vom 17. Juni 2010, S. 7.

⁴⁸⁸ Hassemer, Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik, in: Festschrift Heike Jung, 2007, S. 231 (233).

⁴⁸⁹ Rüthers, ZRP 2008, 48.

⁴⁹⁰ Rüthers, FAZ vom 17. Juni 2010, S. 7.

Ich hoffe deutlich gemacht zu haben, dass die Wirklichkeit dem nicht entspricht. Setzen wir uns mit dem Geschehen der praktischen Rechtsanwendung auseinander, geben wir der Situation einen eigenen Sinn und müssen dabei eine Vielzahl individueller Entscheidungen treffen. Dadurch werden wir selbst zu einem Teil der sozialen Konfliktsituation. Darüber hinaus sieht das Gesetz häufig keine abschließend geregelten Rechtsfolgen vor, sondern überlässt uns deren Festlegung. Diese Entscheidungssituationen lassen Spielraum: Entscheidungs-, Ermessens-, Beurteilungs-, Handlungs- und Verhandlungsspielraum. Der Richter ist kein »Subsumtionsautomat«⁴⁹¹, sondern prägt die Entscheidung des Einzelfalls insbesondere durch die Nutzung des ihm zur Verfügung stehenden Spielraums. Jacques Derrida schreibt in diesem Zusammenhang:

Jeder Fall ist anders, jede Entscheidung ist verschieden und bedarf einer vollkommen einzigartigen Deutung, für die keine bestehende, eingetragene, codierte Regel vollkommen eintreten kann und darf.⁴⁹²

Nur dadurch, dass der Rechtsanwender den ihm zur Verfügung stehenden Spielraum bewusst nutzt, kann er unendlichen Vielfalt der Lebenswirklichkeit gerecht werden und eine *Einzelfallentscheidung* treffen. Doch Spielraum kann auch missbraucht werden und um derartiges zu vermeiden, kann er so weit es geht eingeschränkt werden oder sein Gebrauch zumindest transparent gemacht und überprüft werden. An dieser Stelle wird deutlich, dass es bei der Problematik der Gesetzesbindung im Kern um den Umgang mit und die Kontrolle von Entscheidungsspielraum geht. Begreifen wir Rechtsanwendung ausschließlich als ein wissenschaftliches, objektives und standardisiertes Verfahren der Problemlösung können wir nur hoffen, dass die juristische Methodenlehre – unter Umständen in einer fortentwickelten Version im Sinne Winfried Hassemers⁴⁹³ – die Problematik um den Entscheidungsspiel-

⁴⁹¹ Hassemer, Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik, in: Festschrift Heike Jung, 2007, S. 231 (236 m. w. Nw.).

⁴⁹² Derrida, Gesetzeskraft, 7. Aufl. (2014), S. 48.

⁴⁹³ Rüthers stritt vehement mit Winfried Hassemer über die Bedeutung der Methodenlehre, doch stimmten sie im Kern überein, dass die juristische Methodenlehre diese erforderliche Gesetzesbindung des Richters sicherstellen müsse; vgl. hierzu: Hassemer, ZRP 2007, 213-219; Rüthers, ZRP 2008, 48-51; Rüthers, FAZ vom 17. Juni 2010, S. 7. Hassemer bereicherte die Diskussion allerdings um einen wichtigen Punkt: Man könne die Gesetzesbin-

raum lösen wird. Denn in diesem Denksystem ist und bleibt es die wissenschaftliche Methode, welche die Art und Weise der systematischen Problemlösung bestimmt. Daher ist es auch nicht weiter verwunderlich, dass sich aus dieser Sicht die Verantwortung des einzelnen Anwenders nur darauf beschränkt, methodisch sauber zu arbeiten – was immer das auch heißen mag.

Meiner Ansicht nach, ist dies der falsche Ansatzpunkt. Richtig ist, den einzelnen Anwender in die Verantwortung zu nehmen. Damit will ich keinesfalls die Bedeutung der Methodenlehre herabsetzen. Ganz im Gegenteil, denn sie liefert uns die Sprache, um sinnvoll über Gesetzesbindung nachdenken und diskutieren zu können. Sie stellt darüber hinaus Anleitungen und Maßstäbe dazu bereit, wie Gesetzesbindung *gut* verwirklicht werden kann. Ähnlich steht es mit rechtstheoretischen, rechtsdogmatischen und rechtsphilosophischen Inhalten. Theorien und Methoden zeigen uns also, wie wir Rechtsanwendung verstehen und in die Tat umsetzen können. Doch Letzteres können wir nur selbst leisten. Jeder einzelne Rechtsanwender steht somit in der Verantwortung, Ideale wie Gesetzesbindung, Gerechtigkeit, Gleichheit etc. zu verwirklichen.⁴⁹⁴ Dieser Verantwortung kann jedoch nur gerecht werden, wer eine eigene Vorstellung von *guter* Rechtsanwendung hat, die Bedeutung dieser Vorstellung einzuschätzen vermag und die Absicht verfolgt, mit dieser Vorstellung die Lebenswirklichkeit beeinflussen zu wollen.

dung des Richters erst dann sicherstellen, wenn man neben den gesetzestaatlichen Vorstellungen von richterlicher Gesetzesauslegung auch den Gesetzlichkeiten und Arbeitsbedingungen der richterlichen Praxis Beachtung schenke; Hassemer, Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik, in: Festschrift Heike Jung, 2007, S. 231 (237). Die juristische Methodenlehre müsse Hassemer zufolge durch die Berücksichtigung von juristischer Dogmatik, richterlicher Pragmatik und der praktischen Arbeitsbedingungen fortentwickelt werden, um ihrem Auftrag gerecht zu werden; ders., ZRP 2007, 213 (217 ff.).

⁴⁹⁴ In diesem Sinne rät Friedhelm Hufen Jurastudenten: »*Sapere aude*: Lassen Sie sich nicht einfangen von Schemata und beherrschen durch ›herrschende Lehren‹ – lassen Sie nicht denken: Nicht durch erkannte und unerkannte Vormünder, nicht durch Repitoren, ja nicht einmal durch Professoren und deren Lehrbücher: Denken Sie selbst!« Hufen, JuS 2013, 1 (7).

Exkurs: Juristische (Aus-) Bildungskultur

Reflektieren wir darüber, was für uns *gute* Rechtsanwendung ausmacht, reflektieren wir auch über die Konsequenzen, die unser Handeln für *uns* und *andere* haben kann. Wir werden uns unserer Verantwortung als Rechtsanwender und als Mensch bewusst, wir werden der Verantwortung gewahr, die wir *uns selbst und anderen gegenüber* tragen. In diesem Zusammenhang möchte ich mit Ihnen noch kurz über einen Aspekt dieser Verantwortung nachdenken, der mir äußerst wichtig erscheint.

So bin ich der Auffassung, dass *gute* Rechtsanwendung grundsätzlich die Bereitschaft voraussetzt, sich selbst und ständig (juristisch) zu bilden. Die Aussage »Man lernt nie aus« ist sicherlich ein Allgemeinplatz, doch dadurch nicht weniger zutreffend. Allerdings haben wir damit ein Problem, denn unsere derzeitige (Aus- und Weiter-) Bildungskultur führt dazu, dass nur gelernt *wenn* geprüft wird. Lernen ist eine Last. Wer die Befähigung zum Richteramt erlangt hat, ist zweimal durch die Hölle der Prüfungsvorbereitung gegangen und froh, das juristische Lernen hinter sich lassen zu können. Hinzu kommt, dass nur gelernt, *was* geprüft wird. Allerdings wird selbst diese Strategie bestenfalls opportunistisch verfolgt. Denn Examenskandidaten wissen, dass allein der *Pflichtstoff* derart umfangreich ist, dass er kaum beherrscht werden kann. Alles ist wichtig und so viel ist wichtig. Als Folge bietet die vermeintliche Wichtigkeit des jeweiligen Lernstoffes kein verlässliches Kriterium mehr. Daher beschränkt sich der Großteil der herangehenden Juristen darauf, so schnell und so viel wie möglich zu lernen, wobei es ihnen jedoch nicht mehr darauf ankommt, *was* und *warum* es gelernt wird. Geschwindigkeit und Masse sind einfache und naheliegende Leitmotive, welche schwierige qualitative Erwägungen hinsichtlich des Lernens ersparen.

In all der Masse und Hektik gerät die Autonomie des Lernenden völlig aus dem Blick. Entscheidungen, was gelernt werden soll, treffen Verlage, Professoren, Repetitoren und Ausbilder. Die Lehrenden geben vor, welche Texte, Urteile und Bücher gelesen werden sollten, sie verteilen Übersichten und Schemata, stellen Übungsfälle und teilen Rechtsprechungsübersichten aus. Lernpläne sind sehr gefragt. Doch gleichzeitig haben die meisten Lehrenden die Schwierigkeiten des Lernens vergessen. Die Pro-

fis von heute wissen nicht mehr, wie es war, nichts über das Recht zu wissen. Sie selbst haben sich die schwierige Fähigkeit, das Recht fachgerecht auf einen einzigartigen Einzelfall anzuwenden, »irgendwie« angeeignet – zu erklären, wie genau, das vermag kaum einer von ihnen. Hinzu kommt, dass sie außer Acht lassen, wie viel man wissen muss, um zu erkennen, was man eigentlich nicht wissen braucht. So wird etwa ein Universitätsprofessor mit 30 Jahren Berufserfahrung das Bürgerliche Recht anhand von fünf Prinzipien erklären können, doch egal wie viel Mühe er sich gibt, die Studenten werden seine konzentrierten Erklärungen nicht begreifen können. Denn er kann seine Idee vom BGB nicht ohne Weiteres weitergeben. Denn als *seine* Idee, beruht sie auf *seinen* Erkenntnissen über Relevanzen und Redundanzen. Er weiß, was man alles nicht wissen muss, um das BGB zu verstehen. Doch ohne diese Erkenntnisse und Einsichten kann die Idee nicht in den Köpfen seiner Studenten entstehen. So kommt es schließlich, dass häufig postuliert wird, *was* gelernt werden sollte, ohne dabei eine klare Vorstellung davon zu haben, *wie* es gelernt werden kann und *warum* es gelernt werden sollte.

Die Lernenden – ohnehin (vermeintlich) ahnungslos – stellen diesen Zustand nicht in Frage. Sie sind sogar in aller Regel froh darüber, dass Ihnen die schwierigen Entscheidungen abgenommen werden, was gelesen, gelernt und gedacht werden soll. Sie kennen es nicht anders aus der Schule. Aufgrund ihrer dort anerzogenen Passivität fordern sie gar *ausgebildet zu werden*. Man bildet sich nicht mehr, man will gebildet werden.

Sowohl Lehrende als auch Lernende schieben sich die Verantwortung zu. Die einen sollen lehren, die anderen sollen lernen. Dabei scheint jedoch keiner den Ansprüchen des anderen gerecht werden zu können. Entscheidend ist, dass wir es hier nicht mit einer Ursache-Wirkungs-Beziehung zu tun haben, sondern mit dem korrelativen Zusammenspiel einer Vielzahl an Faktoren. Wir müssen uns darüber im Klaren sein, dass es die wechselseitige Beziehung zwischen Lehrenden und Lernenden ist, welche eine Bildungskultur hervorbringt, die sich auf die Vermittlung von »Inhalten« sowie ihre vermeintliche Wiedergabe in Prüfungssituationen reduzieren lässt.

Meiner Ansicht nach, ist es diese Bildungskultur, über die wir nachdenken müssen, wenn wir uns sinnvoll mit der juristischen Ausbildung

befassen wollen. Wir müssen klären, was zu tun ist, um verantwortungsbewusste Juristen hervorzubringen, die eine Vorstellung von *guter* Rechtsanwendung kultivieren.

Was es dazu *nicht* braucht, ist eine umfassende Reform der juristischen Ausbildung.⁴⁹⁵ Wir müssen die bestehenden Strukturen nicht neu erfinden oder gar zerstören, sondern auf ihnen aufbauen. Und dazu müssen wir uns fragen, was fehlt, damit wir die Juristen erziehen können, denen wir in Zukunft die Rechtspflege anvertrauen wollen.

Was dazu fehlt, ist meiner Ansicht nach die aktive Förderung des eigenständigen und reflexiven Denkens. Denn wer reflektiert, wird erkennen, inwiefern er die Qualität seines juristischen Wissens und Wirkens *selbst* in den Händen hält und dass Urteilkraft keine Gabe ist, sondern etwas, woran er arbeiten muss. Sein Bild von der juristischen Ausbildung verändert sich hin zu einem neuen Verständnis von juristischer Bildung. So kann eine andere, *bessere* (Aus-) Bildungskultur möglich werden.

Ein solcher Wandel nimmt jedoch bei den Prüfenden und Lehrenden seinen Anfang. Sie stehen zuerst in der Verantwortung und müssen definieren, was für Juristen wir in Zukunft in die Institution des Rechts entlassen wollen. Eigenverantwortung muss ermöglicht, gefördert und gefordert werden. Dazu muss Reflexion über das professionelle Wirken vorgelebt werden. Ferner müssen die Prüfenden und Lehrenden klar- und vor allem sicherstellen, dass eigentlich *das* geprüft wird, *was nicht* in Lehrbüchern, Aufsätzen und Urteilen *nachgeschlagen werden kann*. Es geht um eine besondere Art und Weise zu denken und die Dinge zu sehen. Es geht darum, dass wir eine Bildungskultur schaffen und erhalten, die intelligente und *gute* Rechtsanwender hervorbringt. John Holt bringt auf den Punkt was ich hier mit »intelligent« meine:

The true test of intelligence is not how much we know how to do, but how we behave when we don't know what to do.

The intelligent person, young or old, meeting a new situation or problem opens himself up to it; he tries to take in with mind and senses everything he can about it; he thinks about *it* [...]; he grapples with it boldly, imaginatively, resourcefully, and if not confidently at least hopefully; if he fails to master it, he

⁴⁹⁵ Vollkommen an der Sache vorbei geht meines Erachtens ein verschultes und beschleunigtes Studium. Jegliche Ansätze in diese Richtung sind *geradwegs schädlich*.

looks without shame or fear at his mistakes and learns from them. This is intelligence.⁴⁹⁶

Wollen wir dies erreichen, müssen wir Bildung zur persönlichen Angelegenheit werden lassen, dürfen jedoch nicht hoffen, dass dies von selbst geschieht. Zur Zeit tun wir jedoch genau das. Thomas Cowan schrieb dazu in einem Brief an seinen Freund Donald S. Schön:

I like old Carl Gustav Jung best on education. You know, unlike Freud, for whom psychoanalysis is a branch of the healing arts, Jung always insisted that it is a propaedeutic branch of education. For him, education was what one does to and for oneself. Hence, the universal irrelevance of all systems of education. This view forced me to distinguish education from training – education being the self-learning process, while training is what others make you do. What are »educational systems« (so called) really doing? Training. For example, law school, I believe, primarily trains students to listen, think and talk the way that law school prefers. Then what is law school's educational function? To drive you so mad with its incessant drill that you decide to educate yourself. The process appears terribly wasteful, yet some do get educated. If the teacher had a big stick and hit you over the head every time you tried to get him to educate you, the thing would be done in less than a semester. It seems to me that this is the Zen Method of education, so of course I can't claim to have invented it.⁴⁹⁷

⁴⁹⁶ Holt, *How Children Fail*, 2nd ed. (1982), S. 272. Meine Übersetzung lautet: »Der wahre Test für Intelligenz ist nicht, von wie vielen Dingen wir wissen, wie sie zu tun sind, sondern vielmehr, wie wir uns verhalten, wenn wir gerade nicht wissen, was zu tun ist. Die intelligente Person, gleich ob jung oder alt, öffnet sich, sobald sie sich einer neuen Situation oder einem neuem Problem gegenüber sieht; sie versucht mit ihrem Geist und allen ihren Sinnen alles über diese Situation in Erfahrung zu bringen; sie denkt über sie nach [...]; sie ringt mit ihr, tapfer, erfinderisch, einfallsreich, und wenn nicht selbstbewusst, dann zumindest voller Hoffnung; wenn sie scheitert, schaut sie ohne Scham und Angst auf ihre Fehler und lernt von ihnen. Das ist Intelligenz.«

⁴⁹⁷ Dieses Zitat – obschon 20 Jahre alt, immer noch aktuell – stammt aus einem Brief von Thomas Cowan an seinen Freund Donald S. Schön. Letzterer zitiert aus dem Brief seines Freundes, um die Bedeutung reflexiver Praktiken für die juristische Ausbildung hervorzuheben. Meine Übersetzung lautet: »Ich mag den alten Carl Gustav Jung am liebsten wenn es um Bildung geht. Du weißt, im Gegensatz zu Freud, für den die Psychoanalyse ein Ablagerer der heilenden Künste ist, insistierte Jung stets, dass sie ein propädeutischer [einführender] Teil der Bildung sein. Für ihn war Bildung etwas, was man selbst und für sich selbst machte. Daraus folgte auch die universelle Irrelevanz sämtlicher Bildungssysteme. Diese Ansicht zwang mich dazu, Bildung von Training zu unterscheiden – Bildung als der

Dabei will ich es belassen, denn mit dieser Arbeit will ich freilich nicht die juristische Ausbildung revolutionieren. Ich will lediglich einen Anstoß zur Reflexion über die *gute* praktische Rechtsanwendung geben und dazu gehört es eben auch, sich über sein juristisches Wissen Gedanken zu machen und wie man es sich aneignen möchte und sollte.

Selbst-lernen-Prozess, Training demgegenüber als etwas, zu dem andere dich veranlassen. Was leisten die (sogenannten) ›Bildungssysteme‹ eigentlich? Training. Meinem Verständnis nach, trainiert beispielsweise die juristische Fakultät die Studenten hauptsächlich darin, zuzuhören, zu denken und zu sprechen, wie es die juristische Fakultät eben bevorzugt. Wenn dem so ist, was ist dann überhaupt die bildende Funktion der juristischen Fakultät? Ihre Funktion ist, Dich mit ihrem unaufhörlichem Drill derart in den Wahnsinn zu treiben, dass Du Dich schließlich dazu entscheidest, Dich selbst zu bilden. Dieser Prozess erscheint mir schrecklich verschwenderisch, dennoch einige werden gebildet. Wenn der Lehrende einen Stock hätte und Dir jedes Mal eins über ziehen würde, wenn Du ihn dazu bringen wolltest, Dich zu bilden, dann wäre die ganze Sache in einem Semester erledigt. Mir scheint dies die Zen Methode der Bildung zu sein; daher kann ich natürlich nicht für mich in Anspruch nehmen, sie erfunden zu haben.« Schön, *Clinical Law Review*, Vol. 2, 1995-1996, 231 (250).

Rechtsanwendung ist Sinnggebung und Sinnvermittlung

In diesem und den nachfolgenden Abschnitten will ich zeigen, inwiefern uns die Auseinandersetzung mit der Liste Erkenntnisse hinsichtlich den der Rechtsanwendung zu Grunde liegenden mentalen Prozesse liefern kann. Dabei lege ich das Hauptaugenmerk nicht auf eine Erklärung von kognitiven Mechanismen, sondern auf die Sensibilisierung für ihre Auswirkungen auf unser Erleben der praktischen Rechtsanwendung. Die mentalen Prozesse während der Rechtsanwendung sind im Wesentlichen darauf ausgerichtet, der Situation einen Sinn zu geben und diesen Sinn schließlich anderen zu vermitteln. Das mag zunächst trivial erscheinen, allerdings hat diese schlichte Erkenntnis mein Verständnis von praktischer Rechtsanwendung grundlegend verändert. Ich will den Prozess zu dieser Erkenntnis zunächst nachzeichnen, bevor wir uns der Sinnggebung und der Sinnvermittlung im Einzelnen zuwenden. Im Zuge dieser Entwicklung begriff ich nämlich, dass Rechtsanwendung kein sequenzielles Verfahren sein kann und zudem was es heißt, über die Liste hinaus zu denken.

Ausgangspunkt meiner Überlegungen war das Problem, dass ich in aller Regel wesentlich mehr zu der konkreten Falllösung wusste, als ich letztlich in der Niederschrift mitteilen konnte. Damit ist nicht gemeint, dass ich derart viel gewusst hätte, dass ich nicht alles hinschreiben konnte, sondern vielmehr, dass ich es nicht fertigbrachte, Punkte, die von erheblicher Bedeutung für die jeweilige Falllösung waren, angemessen abzuhandeln. In öffentlich-rechtlichen Klausuren schaffte ich es beispielsweise regelmäßig nicht, die Abwägung der konfligierenden Interessen und Positionen so hinzuschreiben, wie ich es mir während der Vorbereitung der Niederschrift vorgestellt hatte. Auch meine straf- und zivilrechtlichen Klausuren wiesen ähnliche Tendenzen auf. Immer dann, wenn es zu den *gefühl*t wesentlichen Punkten der Lösung kam, fehlte mir das letzte Quäntchen Struktur, Schreibfluss und die Fähigkeit, *mich* so zu artikulieren, wie ich es mir vorab vorgestellt hatte. Im Rahmen meiner reflexiven Praxis stellte ich schließlich fest, dass diese Schwierigkeiten in der Vielzahl meiner Rechtsanwendung regelmäßig auftraten.

Insofern konnte ich sie nicht dem jeweiligen Rechtsgebiet, Klausurtyp oder Einzelfallproblem zuschreiben. Ich musste mir eingestehen, dass ich eine Schwäche im Kernbereich der juristischen Tätigkeit hatte: Ich verstand es nicht, mich angemessen zu artikulieren und andere von meiner Ansicht zu überzeugen.

Zunächst ging ich davon aus, dass es sich um ein Zeitproblem handeln müsse. Daher befasste ich mit Zeitmanagement und versuchte, mir einen abstrakten Zeitplan für die Bearbeitung von Klausuren zu erstellen.⁴⁹⁸ Meine Grundannahme war, dass ich früher mit der Niederschrift der Lösung beginnen müsse, damit mir zum Ende der Klausur noch ausreichend Zeit für die Ausformulierung meiner Begründungen und Argumentationen bleiben würde. Da ich der Vorbereitung der Niederschrift nun weniger Zeit widmete, waren die bis dahin gefertigten Entwürfe der Lösung sehr grob und teilweise lückenhaft. So enthielten meine Lösungsskizze nun bloß Hinweise »diskutiere!«, »(P)« oder »str.« Ich vertraute also darauf, dass ich die anfangs eingesparte Zeit bei der Niederschrift der wesentlichen Punkte sinnvoll nutzen würde, mir die entscheidenden Einfälle also *während* des Schreibens kommen würden. Bestätigt fühlte ich mich in dieser Herangehensweise durch Fritjof Haft:

Denken kann man nur im Formulieren, nicht vorher, weshalb man eine Klausur vor dem Schreiben nicht durchdenken kann.⁴⁹⁹

Allerdings führte diese neue Herangehensweise nicht zum Erfolg; im Gegenteil, Struktur, Fluss und Artikulationsfähigkeit verschlechterten sich. Während der Niederschrift verlor ich häufiger den Faden, verwarf teilweise den Lösungsentwurf, schrieb ohne Skizze weiter, vergaß wichtige Punkte, übersah Widersprüche in meinen Ausführungen, musste häufiger improvisieren und brach sogar eine Klausurbearbeitung im Rahmen der Arbeitsgemeinschaft für Referendare vorläufig ab. Es verblieb bei der Erkenntnis, dass ich nach vier Stunden Bearbeitungszeit nicht mehr dazu in der Lage war, meine Falllösung noch während des Schreibens sinnvoll zu durchdenken. Erneut reflektierte also ich über mein Erleben der Klausursituation und richtete mein Hauptaugenmerk

⁴⁹⁸ Siehe zum Beispiel Puhles konkrete Vorschläge zur quantitativen Zeitplanung einer zivilrechtlichen Assessorexamensklausur; *Puhle*, JuS 1987, 41-47.

⁴⁹⁹ *Haft*, Juristische Rhetorik, 8. Aufl. (2009), S. 23.

auf den Umstand, dass ich wesentliche Rahmenbedingungen der Klausursituation nicht ändern konnte: Die Bearbeitungszeit betrug stets fünf Stunden, meine Schreibgeschwindigkeit war ebenso wie meine Kraftreserven und die damit verbundene Fähigkeit, mich zu konzentrieren begrenzt. Ob ich nun eine halbe Stunde früher oder später mit der Niederschrift meiner Lösung anfang, änderte auch nichts an dem Umstand, dass ich grundsätzlich erst im letzten Drittel der Klausursituation zur endgültigen Auseinandersetzung mit den entscheidenden Punkte gelangte, zu einer Zeit also, in welcher meine Leistungsfähigkeit grundsätzlich abnahm. Rein quantitatives Zeitmanagement brachte mich nicht weiter, denn entweder verblieb mir zu wenig Zeit, das hinzuschreiben, was ich vorab elaboriert hatte oder mir gelang es nicht, während der Niederschrift die entscheidenden Punkte aufzulösen und auszuformulieren.

So gelangte ich schließlich zu der Prämisse, dass ich überhaupt *kein Zeitproblem* hatte, sondern meine Arbeitsweise in sachlicher beziehungsweise technischer Hinsicht der Situation nicht angemessen sein konnte. Anders ausgedrückt: Unabhängig von dem vermeintlichen Zeitdruck der Klausursituation, beherrschte ich mein Handwerk nicht. Mir wurde bewusst, dass ich meine Herangehensweise *vor* der Niederschrift qualitativ verändern musste. Dazu musste ich jedoch zunächst einmal verstehen, was vor der Niederschrift passiert. Interessanterweise hatte ich anfangs große Schwierigkeiten, die Vorbereitungsüberlegungen und -handlungen zu definieren. Zunächst erschienen sie mir abhängig von der jeweiligen Aufgabenstellung, vom Rechtsgebiet, vom Stand meines Wissens und sogar von meiner Tagesform. Tatsächlich hatte meine Arbeitsweise im Vorfeld der Niederschrift etwas Beliebiges. Daher nahm ich mir vor, die Lösung einer jeden Klausur (und auch eines jeden Praxisentwurfs) vor der Niederschrift vollständig zu durchdenken. Dabei nahm ich mir Hafts Vorschlag zu Herzen. Man kann eine juristische Aufgaben nicht ohne Weiteres durchdenken, sondern anschlussfähig denken kann man nur im Schreiben.⁵⁰⁰ Allerdings – und hier greift Hafts Ansatz zu kurz – ist »Schreiben« nicht mit der Niederschrift des endgültigen Ergebnisses gleichzusetzen. Im Abschnitt »Was Rechtsanwender tun« hatten wir uns bereits festgestellt, dass wir schreiben müssen, um

⁵⁰⁰ Luhmann, Universität als Milieu, 1992, S. 53: »Ohne zu schreiben, kann man nicht denken; jedenfalls nicht in anspruchsvoller, anschlussfähiger Weise.«

in anspruchsvollen Fällen überhaupt zu einer Vorstellung von Problem und Lösung gelangen zu können. Es bedarf mithin Routinen des Schreibens, die der Niederschrift vorausgehen. Diese Routinen kann man auch passenderweise als »Schreibdenken«⁵⁰¹ bezeichnen. Hier steht die Kommunikationsfunktion der Aufzeichnung völlig im Hintergrund, wie es auch beim Schreiben für sich selbst im Rahmen einer reflexive Praxis der Fall ist.⁵⁰² Mit derartigen Schreibspuren will man nicht anderen etwas zeigen, sondern man beabsichtigt, sich mit ihnen eine Grundlage für fachgerechtes Arbeiten zu schaffen. Denn juristisches Schreiben erschöpft sich nicht im *Aufschreiben*, sondern ist auch ein *Zusammen-* oder *Umschreiben* einer Vielzahl von eigener und – vor allem – fremder Textfragmente.⁵⁰³

Mit diesen Funktionen des Schreibdenkens im Blick, setzte ich mich mit verschiedenen Schreib- und Entwurfstechniken auseinander. Ich eignete mir systematische Herangehensweisen an: Zeitstrahlen, Aktenauszüge, Forderungstabellen, Rechtsansichten-Cluster, Sachverhaltsskizzen, Fundstellenübersichten, Sachverhaltsverläufen, Personenverzeichnissen, Brainstormingstechniken etc. Meinen Fokus legte ich jedoch auf eine einheitliche Vorgehensweise zur Erstellung eines Fahrplanes⁵⁰⁴ der Darstellung meiner rechtlichen Lösung. Anders ausgedrückt, versuchte ich die Fertigung von Lösungsskizzen zu perfektionieren. Mein Ziel war eine Skizze, die es mir erlaubte, die letzte Hälfte der Bearbeitungszeit ausschließlich der Darstellung meines Ergebnisses zu wid-

⁵⁰¹ So macht es zumindest Ulrike Scheuermann. Sie stellt Schreibtechniken vor, die sie beispielsweise als »Denkbilder«, »Schreibsprints«, »Denkwege« bezeichnet; siehe hierzu Scheuermann, *Schreibdenken*, 2. Aufl. (2013), S. 69-95.

⁵⁰² Vgl. hier den Abschnitt »Die Geste der Reflexion«, S. 345 ff.

⁵⁰³ Der größte Teil dessen, was Rechtsanwender im Rahmen der praktischen Rechtsanwendung hervorbringen ist freilich nichts Neues, sondern die Wiedergabe des Repertoires fachlicher Inhalte der Institution des Rechts (unter anderem: die ständige Rechtsprechung, herrschende und sonstige Auffassung in der Literatur, Standardformulierungen, Standarddefinitionen, Textbausteine etc.). Insofern werden im Schreibprozess der praktischen Rechtsanwendungen externe Informationsquellen dermaßen eng verquickt, dass man mit Grésillon behaupten kann: »writing is rewriting«, Grésillon, Über die allmähliche Verfertigung von Texten beim Schreiben, in: Zanetti, *Schreiben als Kulturtechnik*, 2012, S. 152 (162).

⁵⁰⁴ Zum Begriff »Fahrplan« vgl. Haft, *Juristische Rhetorik*, 8. Aufl. (2009), S. 24. Siehe auch Fn. 446.

men. In dieser Phase der Bearbeitung sollte folglich die *Ausformulierung* einer vollständigen Lösung erfolgen; hingegen sollten die rechtlichen Überlegungen so gut wie vollständig abgeschlossen sein. Die Erstellung des Fahrplanes unter Heranziehung der weiteren Schreibdenktechniken war mithin schriftliches Durchdenken der rechtlichen Lösung, mein Denken in anschlussfähiger Weise. Vor der Niederschrift wollte ich demnach *die Lösung als ein Ganzes vor Augen* zu haben.⁵⁰⁵

Tatsächlich gelang es mir schließlich, die Erstellung meiner Lösungsskizzen zu vereinheitlichen. Unabhängig von Klausurtyp und Rechtsgebiet war meine Vorgehensweise nun immer gleich: Ich eignete mir eine (persönliche) Kurzschrift und Symbolschrift an, schrieb stets mit Bleistift, gliederte Prüfungsabläufe mit einem einheitlichen Gliederungssystem, fügte Verweise auf die Klausurvorlage, Notizen, Fundstellung im Gesetz sowie Kommentarstellen ein und achtete auf eine besondere Strukturierung von Argumentation und/oder Abwägungen. Zudem eignete ich mir auch eine einheitliche Skizzierung des entscheidungserheblichen Sachverhaltes an. In der Klausursituation legte ich somit den Schwerpunkt auf die Ausarbeitung dieses Fahrplanes, wobei ich zwingend zwei Regeln stets einhalten musste. Erstens: Ich machte mich erst dann an die Niederschrift, wenn ich alle wesentlichen Entscheidungen getroffen und eine Vorstellung von ihrer Begründung hatte. Zweitens: Die Erstellung des Fahrplanes sollte grundsätzlich nicht länger als die Hälfte der Bearbeitungszeit in Anspruch nehmen. Auf Grundlage dieser beiden Regeln konnte ich meine Argumentation während der Rechtsanwendung erheblich verbessern.

Freilich muss ich an dieser Stelle darauf hinweisen, dass diese Herangehensweise nur bedingt verallgemeinerungsfähig ist. Sie entstand ja aufgrund meiner persönlichen Anlagen und Defizite. Da ich nicht schnell schreiben kann, war es mir etwa nicht möglich, eine einmal angefangene

⁵⁰⁵ Zu dieser Formulierung haben mich Peter Gülkes Ausführungen zu Beethovens Kompositionstechniken angeregt. Beim komponieren hatte Beethoven laut eigener Aussage nämlich immer das Ganze vor Augen: »Welches ›ganze‹ Beethoven meinte, da er Anfang März des Jahres 1814 an Georg Friedrich Treitschke schrieb, wäre selbst dann nicht zweifelhaft, wenn er es nicht ausdrücklich auch auf ›meine Instrumental Musick‹ bezogen hätte: dasjenige, des jeweils in Arbeit befindlichen Werkes.«; Gülke, »...immer das Ganze vor Augen.«, 2000, S. 1.

Niederschrift mittendrin und in größerem Ausmaß zu verändern. Ich konnte nicht riskieren, zwei oder drei Bögen neu schreiben zu müssen, nur weil mir erst während des Schreibens die rechtliche Lösung klar geworden war. Dies musste ich vorab erledigen. Ferner war ich während der Niederschrift stets um einen guten Ausdruck und eine halbwegs leserliche Schrift bemüht. Mit diesen Aufgaben war ich während der Niederschrift kognitiv ausgelastet, so dass ich in dieser Phase nur wenig mentale Kraft für die Herleitung rechtlicher Begründungen aufbringen konnte. Diese persönlichen Eigenschaften prägten meine strikte Vorgehensweise, wusste ich doch, dass ich mich lediglich auf mein Glück verlassen würde, wenn ich eine Niederschrift ohne erschöpfende Vorbereitungen beginnen würde. Wer andere Anlagen hat, sollte und wird auch anders vorgehen. So konnte etwa meine Referendarskollegin sehr schnell schreiben. Sie hatte zudem keinen Bedarf an einer erschöpfenden Vorbereitung, sondern entwickelte vielmehr ihren Lösungsansatz während der Niederschrift, war sie doch in der Lage, innerhalb weniger Minuten mehrere Bögen umzuschreiben und/oder auszutauschen. Sie konnte, wie es Fritjof Haft wohl im Sinn hatte, die Klausur während der Niederschrift durchdenken. Ich bin mir sicher, dass auch sie durch die Anwendung verschiedener Techniken des Schreibdenkens ihren Arbeitsstil hätte *zusätzlich* verbessern können, jedoch war sie – im Gegensatz zu mir – nicht darauf angewiesen. Sie erreichte auch ohne weitere Anpassungen äußerst ansprechende Ergebnisse und fühlte sich mit ihrer Herangehensweise wohl.

Ich stelle die Entwicklung meiner Entwurfstechniken an dieser Stelle so ausführlich dar, weil ich im Verlauf dieses Lernprozesses die Rechtsanwendung erstmals bewusst als eine Tätigkeit wahrnahm, die sich in drei Phasen aufteilt: in eine Phase der Vorbereitung der Anwendung, eine der Entstehung der Lösung und eine Phase der Artikulation der Lösung. In Verbindung mit Überlegungen zur klassischen⁵⁰⁶ wie juristischen⁵⁰⁷ Rhetorik kam ich schließlich zu einer neuen Einteilung meiner Liste:

⁵⁰⁶ Die klassische Rhetorik unterteilt die Redelehre in fünf Abteilungen, nämlich I.) Erfindung, II.) Anordnung, III.) Darstellung, IV.) Gedächtnis und V.) Durchführung; siehe etwa *Quintilianus*, Ausbildung des Redners, 3. Buch, S. 291, Ziff. 1.

- I. Vorbereitung der rechtlichen Lösung
- II. Herstellung der rechtlichen Lösung
- III. Darstellung der rechtlichen Lösung

Diese Phasen waren für mich die entscheidende Unterteilung der Denk- und Handlungsweisen der praktischen Rechtsanwendung. In der Folge veränderte sich meine Arbeitsweise. Vor jeder Rechtsanwendung, gleich ob Klausur oder Praxisentwurf, vergegenwärtigte ich mir den Sinn und Zweck der Bearbeitung sowie die Adressaten des Ergebnisses. Auf Grundlage dieser Vorbereitung entwickelt ich eine Vorstellung, wie die Lösung im Ganzen auszusehen habe.⁵⁰⁷ Dementsprechend verbesserte sich auch meine Herangehensweise an die Herstellung der Lösung. Hier konzentrierte ich mich darauf, die Lösung derart vorzubereiten, dass ich mich auf ihre Niederschrift beziehungsweise Darstellung konzentrieren konnte. Dadurch hatte ich während der Niederschrift seltener das Gefühl, »zu schwimmen« oder »auf dem Holzweg zu sein«. Die Probleme des jeweiligen Einzelfalls verloren ihren Schrecken, denn ich begriff sie nun endlich als Teil eines großen Ganzen, von dem ich stets wusste, wie es ungefähr auszusehen hatte.

⁵⁰⁷ Hier war insbesondere Katharina Gräfin von Schlieffens Aufsatz zur Bedeutung der Rhetorik für Jurastudenten für mich besonders prägend; von Schlieffen, JA 2013, 1-7. Die für mich wesentliche Textstelle war und ist: »Die Herstellung des Textes ist *rhetorischer* Art; im öffentlichen Text wird sie indes als ein Akt der *objektiven* Gesetzeserkenntnis dargestellt (»für Recht erkannt«). Damit unterscheidet sich die Herstellung des Textes (rhetorisch) von der durch sie vermittelten *Darstellung* seiner Herstellung (»objektiv gesetzgebunden«).«, von Schlieffen, JA 2013, 1 (2). Beachten Sie jedoch, dass mein Verständnis der Differenzierung von Her- und Darstellung wesentlich weiter geht als von Schlieffens. Während von Schlieffen die Herstellung als rhetorischen Akt versteht und daher eine Unterscheidung zwischen Her- und Darstellung der Herstellung für nutzbringend hält, verstehe ich Inhalte zur Rhetorik als Denkmuster und Gedankeninhalte, welche uns insbesondere das Verständnis des Prozesses der Darstellung der rechtlichen Lösung erleichtern: Wir müssen erst einmal selbst denken und uns schließlich fragen, wie wir andere von unseren Erkenntnissen überzeugen können.

⁵⁰⁸ Die Vorbereitung der rechtlichen Lösung war gewissermaßen eine Lockerungsübung vor der »eigentlichen« Arbeit. Insofern ist die Bedeutung dieser ersten Phase der Rechtsanwendung nicht so bedeutend wie die von Her- und Darstellung.

DIE NEUORDNUNG meiner Struktur in die Phasen von Vorbereitung, Herstellung und Darstellung war rückblickend gesehen, der größte Gewinn meiner systematischen reflexiven Praxis. Sie ermöglichte mir, eine differenzierte Anpassung meiner Arbeitsweise und ein qualitatives Zeitmanagement. Ich entwickelte ein Bewusstsein für die überragende Bedeutung der Entwurfsarbeiten und letztlich auch für den Sinn und Zweck meiner Tätigkeit. Ich erkannte, dass ich zwischen juristischen Denkweisen und Stilformen unterscheiden musste und begriff den Gutachten- und den Urteilsstil als *Ausdrucksformen*. So entwickelte ich ein besseres Gespür dafür, was *wesentlich* oder *entscheidungserheblich* ist. Die Herstellung der Lösung war von nun an meine Station der Auslese. Hier trennte ich, bildlich ausgedrückt, die Spreu vom Weizen.

Allerdings brachte die Neuordnung auch einen gewichtigen Nachteil mit sich. Aufgrund der Bezifferung der einzelnen Punkte interpretierte ich meine Liste nun unwillkürlich als eine Sequenz von Arbeitsschritten: Erstens: Vorbereitung; Zweitens: Herstellung; Drittens: Darstellung. Tatsächlich bemühte ich mich in der Klausursituation, diese Abfolge einzuhalten, denn hier konnte ich den einmal vollständig ausgearbeiteten Fahrplan nach der dafür vorgesehenen Zeit nicht mehr signifikant umstellen. Hatte ich in der Klausur einmal das Ganze vor Augen, musste ich mich mit diesem Ganzen zufrieden geben. Andernfalls wäre ich Gefahr gelaufen, nicht fertig zu werden. Doch so nützlich die Sequenz auch für die Klausursituation war, bildete sie nicht meine Vorstellung vom besonderen Geschehen der praktischen Rechtsanwendung ab. Hinsichtlich der Arbeiten für die Ausbildungspraxis musste ich nämlich feststellen, dass Her- und Darstellung nicht in einem sequenziellen Verhältnis standen. Hier erlebte ich vielmehr das wechselseitige Ergänzen der beiden Phasen. Von der Lösungsskizze hin zum Urteilsentwurf, zurück zur Skizze, zur Akte und zum Kommentar etc. War meine Arbeitsweise in der Klausur nahezu mechanisch, war sie in der Ausbildungspraxis eher organisch: Der Schriftsatz oder das Urteil wuchsen heran und wurden nicht einfach vorbereitet und dann *hingeschrieben*.

Mir wurde klar, dass die Trennung von Her- und Darstellung der rechtlichen Lösung nicht mehr sein konnte, als ein persönliches Erklärungsmodell, und dass dieses Modell leider unzureichend war. Während man schreibt, prüft man gleichzeitig, ob das Geschriebene einen Sinn

ergibt.⁵⁰⁹ Man ist Verfasser und zugleich der erste Leser und interpretiert juristisch, was man unmittelbar zuvor aufgeschrieben hat. Gerät dadurch die Niederschrift erheblich ins Stocken, wendet man sich erneut dem gedanklichen oder schriftlichen Entwurf einer neuen, besseren Lösung zu. Zwar versuchte ich diese Abläufe während der Klausursituation so gut es eben ging zu unterdrücken, doch änderte diese nichts daran, dass hier die Herstellung der rechtlichen Lösung genau genommen erst mit der Entäußerung der dargestellten Lösung endete. Im Rahmen der reflexiven Praxis fiel mir dazu zunächst nichts Besseres ein, als die Bezifferung (I. ... II. ... III. ...) aus der Struktur zu entfernen, um anzuzeigen, dass es sich eben nicht um eine Sequenz von Arbeitsschritten handele. Jedoch hatte ich dadurch noch immer keine *Erklärung* für das komplementäre Verhältnis von Her- und Darstellung. In einer Klausursituation mag die Trennung noch zweckmäßig sein. Auf dem Fahrplan antizipiert man die auszuformulierende Lösung und auf diese Weise kann man die gesamte Klausur vor ihrer Niederschrift nahezu vollständig durchdenken. Selbst wenn sich im Verlauf der Niederschrift noch herausstellt, dass die Lösung hätte besser sein können, hat man auf diese Weise zumindest ein (halbwegs) vertretbares und vor allem vollständiges Ergebnis produziert. Doch in der Praxis ist ein solches Vorgehen meist nicht möglich und in aller Regel nicht angebracht. Die einzelne Anwendungssituation ist hier normalerweise nicht auf wenige Stunden reduziert, sondern auf mehrere Tage verteilt, die Komplexität der (uns im

⁵⁰⁹ In simpel gelagerten Fällen kommt es daher durchaus vor, dass Her- und Darstellung der rechtlichen Lösung gleichzeitig ablaufen können. Man stelle sich hierzu beispielsweise einen völlig klaren Sachverhalt vor, der durch eine einfache rechtliche Würdigung beurteilt werden kann. Eine erfahrene, auf das betroffene Rechtsgebiet spezialisierte Richterin wird nicht vorbereiten, entwerfen und dann ausgehend von einer erschöpfenden Lösungsskizze bewusst in den Modus der Darstellung wechseln, um schließlich an Formulierungen und Stil zu feilen. Sie wird das Urteil *herunterschreiben*, hierzu eventuell einige Fragmente aus den Akten herausschreiben, allerhöchstens einmal in einen Kommentar schauen. Sie wird sich auch keine tief gehenden Gedanken über die Auslegung von Normmerkmalen machen. Während der Niederschrift stellt sich die Ausbreitung der Normmerkmale sowie die Subsumtion nach ihrem Empfinden nahezu von selbst ein. Hier laufen Her- und Darstellung annähernd gleichzeitig ab, denn die Richterin ist aufgrund ihrer Erfahrung, ihres Wissens und ihrer Urteilstkraft dazu in der Lage, ohne Weiteres zu erkennen, was entscheidungserheblich ist und wie es darzustellen ist.

Rahmen dieser Arbeit interessierenden) Fälle ist hoch und es geht nicht um gute Noten, sondern um *echte* Menschen. Die Arbeitsweise ist darüber hinaus geprägt durch den Umgang mit Technologie. Eine Vielzahl professioneller Rechtsanwender arbeitet nur höchst selten handschriftlich, nicht wenige schreiben *ausschließlich* mit dem Computer. Der Entwurf an einem Computer hat etwas Gespenstisches⁵¹⁰ und rein gar nichts Haptisches. Eventuell verwendet man Tabellen und Outlines in Dateiformat. Dennoch schreibt man nicht mehr, um zu denken, sondern vielmehr, um zu produzieren. Man stelle sich beispielsweise vor, man habe eine umfangreiche Klageschrift in einem Rechtsstreit wegen Bau- und Sachmängeln einer Solarparkanlage zu schreiben. Man wird tage-, wochen-, wenn nicht sogar monatelang *in* dem digitalen Dokument arbeiten, welches später als Klageschrift entäußert wird. Einfügen, ergänzen, umstellen, kopieren – man schreibt hier quasi von innen nach außen, denn der Entwurf dient nicht mehr nur als Konzept, sondern wird zu dem später entäußerten Produkt *umgeschrieben*. Die Schreibwerkstatt⁵¹¹ des professionellen Rechtsanwenders ist heute nicht mehr auf Zettel, Akten und Seiten verteilt, sondern als Metapher hinter einer Glasscheibe beziehungsweise einer Kunststofffolie verborgen. Ich bin der Ansicht, hier geht eine Dimension des Menschlichen verloren, allerdings bin ich mir auch bewusst, dass wir nur durch den Einsatz der Technologien mit der komplexer und schneller werdenden Lebenswirklichkeit umgehen können. Der Punkt ist, dass diese Arbeitsweise sich *nicht wirklich* als Phasen der Her- und Darstellung erleben lässt. Was in der Klausur noch zu fassen war, scheint in der Praxis nicht (mehr) zu existieren.

Im Rahmen meiner reflexiven Praxis konnte ich mich dennoch nicht dazu durchringen, das Verhältnis von Her- und Darstellung neu zu ordnen. Meinem Gefühl nach, war diese Differenzierung sehr nützlich. Wenn es beispielsweise um die Auslegung des Normmerkmals des Besitzes im Sinne von § 854 BGB geht, unterscheiden sich meine Gedanken zur Herstellung von dem, was ich später als Lösung entäußere. Die Vor-

⁵¹⁰ Roland Reuß spricht der Ortlosigkeit und dem Gespenstischen digitaler Schrift, welche beim Scrollen gut zu beobachten sei und einen wesentlichen Beitrag zum Abflachen der Aufmerksamkeit beitrage; Reuß, Die perfekte Lesemaschine, 2014, S. 9.

⁵¹¹ Diesen Begriff habe ich von Hanns-Josef Ortheil; Ortheil, Schreiben dicht am Leben, 2013, S. 12.

überlegungen: »M mag zwar 250 km von dem Holzhaufen im Wald entfernt wohnen, aber immerhin hat er ihn mit einem Holzzaun umgeben, und das Gatter mit einem Schloss versehen, abgeschlossen und den Schlüssel eingesteckt. Besitz setzt voraus, dass man die tatsächliche Sachherrschaft inne hat. Die tatsächliche Sachherrschaft umfasst wiederum die Möglichkeit auf die Sache einzuwirken. Ferner wäre der ungefragte Zugriff eines Dritten auf die Sache als ein Eingriff in die Individualsphäre, als ein Affront zu begreifen.⁵¹² Letzteres ist der Fall, wenn ein anderer als M auf das Holz ohne Erlaubnis des M zugreift. Hier hatte ...« werden zu »Sehr geehrter Herr Kollege Schneider, mein Mandant war Besitzer des streitgegenständlichen Holzstapels, denn schließlich hatte er den Stapel umzäunt und eingeschlossen. Er hatte mithin die alleinige Sachherrschaft über das Holz. Ihr Mandant hat diesen Besitz entzogen als er ...«

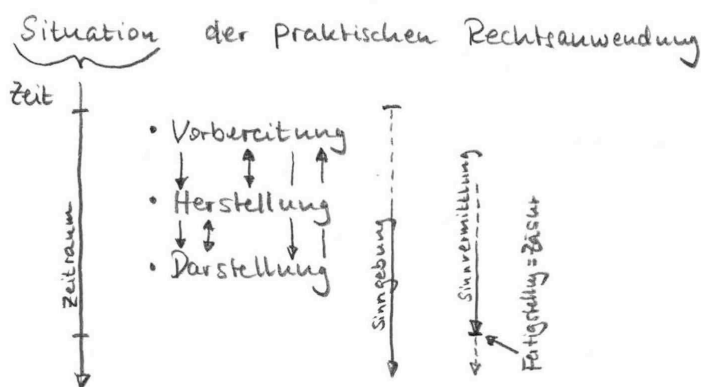
Je komplexer die Fälle, desto größer die Diskrepanz zwischen den Vorüberlegungen und dem Entäußerten. Es mag sein, dass wir in den einfachen Routineanwendungen keinen Bedarf für ein differenziertes Verständnis von unserer Denk- und Arbeitsweise sehen. Doch in den komplexen, komplizierten und *wichtigen* Fällen kann ein solches Verständnis ausgesprochen nützlich sein. Denn durch dieses Verständnis erlangen wir ein Gespür dafür, wann wir uns auf eine bestimmte Denk- und Arbeitsweise konzentrieren müssen. Wenn wir die juristischen Sinngehalt der Situation noch nicht erfasst haben, kann es hinderlich sein, sich um Fragen des Textaufbaus zu sorgen.⁵¹³ Insbesondere wenn die Rechtsanwendung in einem knapp bemessenen Zeitraum fertiggestellt werden muss, hat man keine Zeit zu schreiben, zu überdenken, neuzufassen, umzustellen, wieder zu überdenken etc. Hier hilft ein diszipliniertes Vorgehen, die Produktion schlechter juristischer Texte zu vermeiden. Rechtsgutachten ohne Schwerpunktsetzung, mit Zweifeln durchsetzte Urteile und Schriftsätze, die besseren Argumenten für die Gegenseite enthalten – diese Mangelware beruht häufig auf einer fehler-

⁵¹² Klinck, in: Staudinger/Eckpfeiler 2014/15, S. 1364, Kap. V, Rdnr. 6.

⁵¹³ Man beachte den Zusammenhang mit Gunther Arzts Hinweis, es gäbe grundsätzlich keine Aufbau Probleme, sondern nur ungenügend behandelte Sachfragen; Arzt, Die Strafrechtsklausur, 7. Aufl. (2006), S. 177.

haften Herangehensweise an Her- und Darstellung einer rechtlichen Lösung.

In Anbetracht dieser guten Gründen für eine Unterscheidung von Her- und Darstellung versuchte ich meine Liste neu zu interpretieren, die freie Fläche mit einer alternativen Bedeutung zu versehen. Schließlich fiel mir auf, dass ich nahezu alles, was den juristischen Sinngehalt der Rechtsanwendung betrifft, der Herstellung der juristischen Lösung zugeordnet hatte. Demgegenüber hatte ich die Elemente, welche die formalen, stilistischen und sonstigen gestalterischen Inhalte enthalten überwiegend der Darstellung zugeordnet. Diese Ordnung entsprach meiner relativ strengen Arbeitsdisziplin in der Klausur: »Mach Dir zuerst Gedanken über den Inhalt und dann widme Dich der Form«. Insofern beruhte meine Einteilung und Anordnung der Inhalte auf der Frage: »Was muss ich zum Zeitpunkt X der idealen Rechtsanwendung denken und tun?« Die Liste konnte jedoch nicht die Antwort auf die naheliegende Frage abbilden, was zu denken und zu tun ist, sobald es sich nicht mehr um einen Idealverlauf der Rechtsanwendung handelt, sobald also Unklarheiten aufkommen, deren Ursache in vorangegangenen oder gar nachfolgenden Denk- und Handlungsschritten angelegt sind. Im Hinblick auf die Auseinandersetzung blendete ich demnach die mentalen Phänomene der Rekursion, Komplementarität sowie Spontanität des Denken zunächst aus. Die Fertigung einer Skizze verhalf mir jedoch zu einem neuen, überraschenden und weiterführenden Verständnis meiner Struktur:



Sie sehen hier den Verlauf der Situation der praktischen Rechtsanwendung, welche als Geschehen seinen Anfang nimmt und ein Ende findet. So können etwa der allererste Blick in eine Fallakte den Anfang und das Abschicken des Klageschriftsatzes an das Gericht das Ende der Situation bilden. Sie sehen ferner, dass wir während des Geschehens der Rechtsanwendung gedanklich laufend zwischen den einzelnen Stationen der Bearbeitung hin und her sowie vor und zurück springt. Schließlich sehen Sie auf der rechten Seite der Skizze die mentalen Prozesse der Sinnggebung und Sinnvermittlung. Dabei ist auffällig, dass wir versuchen, der Situation bereits bei Beginn der ersten Auseinandersetzung einen Sinn zuzumessen. Dieser Prozess der Sinnggebung setzt sich sogar dann noch fort, wenn die rechtliche Lösung bereits entäußert ist und sich auf Ihrem bestimmungsgemäßen Weg zum Empfänger befindet.⁵¹⁴ Demgegenüber beginnen die mentalen Prozesse der Sinnvermittlung bereits während der Herstellung der rechtlichen Lösung, wenn wir uns überlegen, wie sich in Betracht gezogene Lösungsansätze wohl artikulieren lassen. Mit Abgabe der Lösung läuft dieser Prozess regelmäßig aus, bleibt allerdings an den fortlaufenden Prozess der Sinnggebung gekoppelt.

In der Auseinandersetzung mit dieser Skizze erkannte ich, dass die Liste keine mentalen *Prozesse* abbilden können musste. Vielmehr musste ich lediglich die Deutung der vorhandenen, strukturierten Arbeitsschritte und Denkmuster der Vorbereitung, Herstellung und Darstellung der rechtlichen Lösung um einen Aspekt erweitern: Die Herstellung der rechtlichen Lösung erfolgt zunächst einmal *für mich* und die Darstellung der rechtlichen Lösung schließlich *für andere*. So kam ich dazu, die Rechtsanwendung als mentale Prozesse der Sinnggebung (für mich) und der Sinnvermittlung (für andere) aufzufassen.

Das Begriffspaar der Sinnggebung und Sinnvermittlung will ich somit hier als eine Bezeichnung der mentalen Prozesse während der Rechtsanwendung verwenden. Wenn ich auf meine Liste blicke, sehe ich die Denk- und Handlungsmuster (Vorbereitung, Herstellung, Darstellung

⁵¹⁴ Wir können nicht so ohne Weiteres das Nachdenken über die Situation der praktischen Rechtsanwendung einstellen. Ein Phänomen, das Examenskandidaten besonders vertraut ist: Obwohl die Klausur bereits abgegeben ist, passiert es einem, dass man in Gedanken dem Fall noch nachhängt und unter Umständen im Nachgang an die Klausur noch zu einem anderen Sinnverständnis beziehungsweise einer anderen Lösung gelangt.

etc.), welche in diese beiden mentalen Prozessen *eingebettet* sind. Die Differenzierung zwischen Prozessen der Sinngebung und -vermittlung ist geboten, weil sie auf unterschiedlichen Zielen aufbauen, ein Umstand, den ich nachfolgend noch eingehend erläutern werde.

Bei meiner Annahme, dass die praktische Rechtsanwendung aus mentale Prozessen der Sinngebung und Sinnvermittlung besteht, handelt es sich nicht um eine wissenschaftliche Entdeckung, sondern um mein persönliches *Erklärungsmodell* für einen weiteren Aspekt meiner Erfahrungen mit dem besonderen Geschehen der praktischen Rechtsanwendung. Ich habe mir dieses Modell aus verschiedenen Inhalten der kognitiven Psychologie, der Epistemologie und der Schreibdidaktik zusammengestellt. Da ich weder Psychologe oder Philosoph bin, kann ich freilich nicht für irgendeine Form der wissenschaftlichen Validität meines Erklärungsmodells einstehen. Allerdings ist dies auch nicht erforderlich, da ich hier lediglich darlegen möchte, was meine Liste *mir* zeigt, um *Ihnen* einen Anstoß zur Reflexion über Ihre Art und Weise der praktischen Rechtsanwendung zu geben.

Sinn geben

Eine Situation der praktischen Rechtsanwendung konfrontiert uns mit Vielfältigkeit, Komplexität und Vieldeutigkeit. Sie lässt sich nicht mit einem Mal, sondern nur sukzessiv erfassen. Daraus folgt, dass ihre Elemente können nur nach und nach in Relation gesetzt werden können und sich diese Relationen *im Verlauf* der Auseinandersetzung mit der Situation verändern und anpassen. In Anbetracht dieses Verlaufs habe wir das Geschehen der praktischen Rechtsanwendung als einen Dialog zwischen Anwender und der Situation kennengelernt. Nachfolgend möchte ich mich der Auseinandersetzung mit der Situation aus einer leicht modifizierten Perspektive annähern und versuchen, die Rechtsanwendung als mentalen Prozess der Sinngebung zu beschreiben. Problematisch ist dabei, dass mentale Prozess *undurchdringlich kompliziert* sind. Mentale Prozesse äußern sich allenfalls mittelbar – es finden Übersetzungen in Bilder, Sprache und Handlungen statt. Diese Übersetzungen können untersucht und interpretiert werden. Sichere Schlüsse auf ihren Ursprung lassen sie jedoch nicht zu. Die eigentlichen Vorgänge auf der Meta-Ebene bleiben im Verborgenen.⁵¹⁵ Mentale Prozesse sind gebrochen, blockiert, geordnet, chaotisch, implizit, explizit, assoziativ, »alles-auf-einmal« und nicht zwingend an Sprache gebunden. Dennoch wollen wir es versuchen. Ausgangspunkt der Annäherung an den mentalen Prozess der Sinngebung soll dabei das Zusammenwirken von Information, Kontext und Wissen sein.

Informationen sind – entgegen der alltäglichen Verwendungen des Informationsbegriffs – keine materiellen Güter sondern das Ergebnis von *Wahrnehmung und Deutung* von Daten, Signalen, Zeichen oder sonstigen Phänomenen. Erst durch Wahrnehmung *und* Deutung entstehen *im Kopf*⁵¹⁶ des erkennenden Subjektes Nachrichten, Mitteilungen und sons-

⁵¹⁵ Zum Begriff der Meta-Ebene und zur Bedeutung der Meta-Kognition siehe: Dunlosky/Metcalfe, Metacognition, 2001.

⁵¹⁶ Ich will nachfolgend insbesondere datenverarbeitende Technologien sowie künstliche Intelligenzen außen vor lassen und mich auf den Mensch als erkennendes Subjekt konzentrieren.

tige Propositionen, und deswegen können Informationen auch nicht ohne Weiteres weitergegeben oder konsumiert werden.⁵¹⁷ Daraus folgt auch, dass beispielsweise Fallakten, Schriftsätze, Gesetzestexte, Kommentare, Monographien etc. für sich genommen keine Informationen, sondern lediglich *Träger* potentieller Informationen sind.⁵¹⁸ Sie müssen gelesen werden, damit Informationen entstehen.

Das nächste Element der Sinngebung ist der Kontext, anders ausgedrückt, der Sinnzusammenhang des jeweils im Mittelpunkt der Aufmerksamkeit stehenden Sinnelementes. Es ist erst der Kontext, der eine adäquate Deutung einer Information überhaupt erst ermöglicht.⁵¹⁹ Vereinfacht ausgedrückt gilt laut Favre-Bulle bei der Wahrnehmung und Deutung einer Information durch ein erkennendes Subjekt das Schema: Information + Kontext = Bedeutung.⁵²⁰

Angesichts dieser eingängigen Gleichung darf man jedoch nicht außer Acht lassen, der Kontext als Element der Sinngebung seinerseits aus Informationen besteht. Um eine Information deuten und *verstehen* zu können, zieht das erkennende Subjekt in aller Regel, hintergrundbildende, filternde oder transformative Informationen heran⁵²¹, welche schließlich den Kontext der im Fokus stehenden Information bilden. Ein Beispiel: X befindet sich in einer Veranstaltungshalle voller Menschen. Er ist gerade erst angekommen und hält nach einem Bekannten Ausschau, die beiden sind verabredet. Er blickt zunächst auf die Bühne am Ende der Halle, auf der ein Mann ein edles Pferd präsentiert und dazu in ein Mikrofon spricht. Die Aufmerksamkeit der Menge ist auf das Geschehen auf der Bühne gerichtet. X hebt die Hand und winkt. Jeder Jurist wird unwillkürlich ahnen was nun folgt, nämlich die rechtliche Prüfung, ob X den Kaufpreis in Höhe von 35.450 € für das Rennpferd »Luigi Sexappeal« zu zahlen hat. Die Information, dass wir eine rechtliche Prüfung hinsichtlich der Zahlung eines Kaufpreises durchführen sollen, wirkt nun hinsichtlich unserer Überlegungen in Richtung auf den geschilderten Lebenssachverhalt als filternder Kontext und wir lenken un-

⁵¹⁷ Von Foerster, Wissen und Gewissen, 1993, S. 196.

⁵¹⁸ Von Foerster, a. a. O., S. 302.

⁵¹⁹ Favre-Bulle, Information und Zusammenhang, 2001, S. 36.

⁵²⁰ Favre-Bulle, a. a. O., S. 179.

⁵²¹ Favre-Bulle, a. a. O., S. 185 sowie 194 ff.

sere Aufmerksamkeit auf mögliche Anhaltspunkte für eine rechtsgeschäftliche Einigung. Die Information, dass die X sich auf einer Versteigerung für Rennpferde befand, als er seine Hand hob, bereitet indessen den Hintergrund dafür, dass wir im Hinblick auf diese Geste über eine rechtlich erhebliche Willenserklärung des X nachdenken werden. Finden wir nun im Verlauf unserer Prüfung heraus, dass X nicht genau wusste, auf was für einer Veranstaltung er sich befand, er lediglich einen Bekannten treffen wollte, diesen in Richtung der Bühne ausgemacht hatte und ihm lediglich zuwinken wollte, dann wirken diese Informationen als transformativer Kontext für die weitere Prüfung der Geste des Handhebens, denn sie verändern unsere (juristische) Sicht auf das zuvor geschilderte Verhalten des X. Aus diesem Beispiel wird ersichtlich, wie fließend die Grenzen zwischen der im Fokus stehenden Information und ihrem Kontext sein können.⁵²² Wir sehen auch, wie drastisch kleine Zusatzinformationen unser Verständnis einer Mitteilung ändern können. Dasselbe Signal, dasselbe Datum, dasselbe Zeichen kann je nach Zusammenhang, äußerst unterschiedliche Interpretationen zulassen. Dabei kontrolliert weder der Kontext die Information noch diese ihn, denn der Kontext ist der Information nie fest eingeschrieben.⁵²³ Auch wenn in einer Situation alles stimmig zu sein scheint, kann eine neue Information einen neuen Kontext aufrufen.⁵²⁴ Dadurch wird die ursprünglich Information zu einer anderen, ohne dass sie »sich selbst« geändert hätte.⁵²⁵ Es macht zwar einen erheblichen Unterschied, ob X die Hand während ei-

⁵²² Bernard Favre-Bulle schreibt in diesem Zusammenhang auch von horizontalen und vertikalen Flüssen von Informationen: »Bedeutung erlangt eine Information nur im Zusammenhang. In den mehrstufigen Wahrnehmungs- und Denkprozessen werden jeweils Information (horizontal) und Zusammenhang (vertikal) durch den kognitiven Informationsprozessor zusammengeführt, woraus neue, bedeutungstragende Informationen (horizontal) entstehen. Diese können in der folgenden Stufe wieder in einem anderen Zusammenhang (vertikal) interpretiert werden, woraus sich erneut Information (horizontal) ergibt. Jede Stufe des Informationsprozesses stellt einen eigenen Kontext zur Verfügung, der von sich aus festlegt, welche Flüsse horizontalen und welche vertikalen Charakter haben.«; Favre-Bulle, *Information und Zusammenhang*, 2001, S. 155.

⁵²³ Vgl. Breithaupt, *Kultur der Ausrede*, 2012, S.102.

⁵²⁴ Vgl. Ebd.

⁵²⁵ Vgl. Ebd.

ner laufenden Rennpferdversteigerung oder auf einem Volksfest zum Gruße erhebt, doch ändert der Kontext nichts an der Geste selbst.

Bisher haben wir uns mit Informationen und Kontexten befasst, die aus der Wahrnehmungssituation selbst entstammen. Ein wesentliches Element der Sinnggebung wurde mithin ausgeklammert, denn der Mensch kann als erkennendes Subjekt nicht nur Informationen empfangen, verarbeiten, erzeugen und aussenden. Wir lernen dazu, bilden Wissen aus und interpretieren unsere Wahrnehmung im Hinblick auf dieses Wissen.⁵²⁶ Wissen entsteht daher ebenfalls *im Kopf* des Einzelnen als subjektives, immaterielles Ergebnis eines Lernprozesses, wenn Informationen verarbeitet und in bereits vorhandenes Wissen eingebettet werden.⁵²⁷ Aus unserem Wissen können wir schließlich Informationen und Kontexte rekonstruieren (erinnern) und konstruieren (kombinieren oder ableiten). Dabei ist die Deutung von externen Informationen unter Heranziehung von internen Kontexten beziehungsweise Informationen nicht zwingend ein bewusster Vorgang, sondern erfolgt häufig auch unwillkürlich. Zur Veranschaulichung:

Walfischfleisch – Haifischfleisch

In dem Moment, in dem Sie diese beiden Wörter gelesen haben, müssten Sie, sofern Sie vor noch nicht allzu langer Zeit ein juristisches Studium absolviert haben, *ohne Weiteres* an die juristische Figur »falsa demonstratio non nocet« gedacht haben. Der berühmte Haakjöringsköd-Fall⁵²⁸ aus dem Jahr 1920 ist nämlich *das* klassische Beispiel für den Umstand, dass selbst dann, wenn die Parteien den Vertragsgegenstand zwar übereinstimmend, jedoch objektiv falsch bezeichnet haben, der wirkliche Wille der Parteien gelten soll. In dem Haakjöringsköd-Fall hatten sich die Beteiligten nachweislich über den Verkauf und Ankauf von Walfischfleisch geeinigt, allerdings zur Bezeichnung der Ware das norwegische Wort »Haakjöringsköd« verwendet, was wiederum Haifischfleisch bedeutet. Geliefert wurde Haifischfleisch. Erwartungsgemäß gab es Streit, denn die Zentral-Einkaufsgesellschaft Berlin beschlagnahmte die Ware

⁵²⁶ Im Zusammenhang mit dem Endlossprozess der Übertragung haben wir dies bereits erörtert, vgl. hier S. 61 ff.

⁵²⁷ Hasler Roumois, Studienbuch Wissensmanagement, 3. Aufl. (2013), S. 46.

⁵²⁸ Reichsgericht, Urt. v. 8. Juni 1920 - II 549/19, RGZ 99, S. 147-149.

bei ihrem Eintreffen im Hamburger Hafen und erstattet dem Käufer nur einen erheblich geringeren Übernahmepreis als den Betrag, den er zuvor an den Verkäufer gezahlt hatte. Kurz, der Käufer musste draufzahlen und suchte daraufhin ausgleichende Gerechtigkeit, die er schließlich auch bekam. Das Reichsgericht stellte schlussendlich fest, dass der Verkäufer Walfisch- und nicht Haifischfleisch schuldete, woraus sich die Ausgleichsansprüche des Käufers ergaben.

Das Beispiel sollte zeigen, dass allein die Begriffe Haifischfleisch und Walfischfleisch ausreichen, um Ihr juristisches Fachwissen rund um den Abschluss von gegenseitigen Verträgen *unwillkürlich* zu aktivieren. Ein juristischer Laie wird bei den Begriffen eher an Delfine und Thunfische denken, als daran, dass eine Falschbezeichnung des Vertragsgegenstandes grundsätzlich nicht schaden soll. Auch wenn es Ihnen nicht bewusst wurde, haben Sie also besondere interne Kontexte und Informationen zur Deutung des Wahrgenommenen herangezogen.⁵²⁹ Ohne Wissen wäre diese Form der Deutung nicht möglich, wir könnten nicht erinnern und auch keine gestalterischen Schlüsse ziehen.⁵³⁰ Wir könnten nicht *weiterdenken* und wären wohl auf das reduziert, was von Foerster eine triviale Maschine nennt:

Eine triviale Maschine ist durch eine eindeutige Beziehung zwischen ihrem »Input« (Stimulus, Ursache) und ihrem »Output« (Reaktion, Wirkung) charakterisiert. Diese invariante Beziehung ist »die Maschine«. Da diese Beziehung ein für allemal festgelegt ist, handelt es sich hier um ein deterministisches System; und da ein einmal beobachteter Output für einen bestimmten Input für

⁵²⁹ Wieder könnte man Essers Vorverständnis denken; vgl. Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1972, dort insbesondere S. 136 ff. Doch muss man sich vor Augen halten, dass Esser die rechtssoziologischen Aspekte der Hermeneutik untersuchte. Mir geht es nicht allein um Textinterpretation im Lichte anderer Text und im Hinblick auf einen sozialen Erwartungshorizont, sondern um kognitive Prozesse der Sinngebung, die sich prinzipiell auf sämtliche Wahrnehmungsphänomene erstrecken.

⁵³⁰ Vgl. hierzu Heinz von Foersters Ausführungen zur Einheitlichkeit von Wahrnehmung, Gedächtnis und der Fähigkeit, Schlüsse zu ziehen: »Streichen wir Wahrnehmung, dann fehlt jede Erfahrung. Streichen wir Gedächtnis, dann kennt das System nur Durchsatz. Streichen wir die Fähigkeit, Schlüsse zu ziehen, dann degeneriert Wahrnehmung zur Sinnesreizung, und Gedächtnis zu einem Speicher.« *Von Foerster, Wissen und Gewissen*, 1993, S. 305.

den gleichen Input zu späterer Zeit ebenfalls gleich sein wir, handelt es sich dabei auch um ein vorhersagbares System.⁵³¹

Glücklicherweise sind wir keine vorhersagbaren, trivialen Maschinen, sondern menschliche Wesen, die dazu in der Lage sind einer Situation einen idiosynkratischen Sinn zu geben.

Bis zu diesem Punkt habe ich Wahrnehmung und Deutung für den Rezeption und Verarbeitung von eingehenden Sinneseindrücken verwendet. Ich will dieses Begriffspaar nun unter dem Begriff der *Kognition* zusammenfassen⁵³², da ich der Ansicht bin, dass Wahrnehmung und Deutung einen einheitlichen Vorgang bilden.⁵³³ Was wahrgenommen wird, wird auch in irgendeiner Form gedeutet, selbst wenn es von unserem kognitiven System lediglich als unbedeutend klassifiziert wird.

Kognition ist *die* Grundlage für das Entstehen von Informationen, Kontexten und Wissen in unseren Köpfen. Wie wir im Zusammenhang mit dem Beispiel des Haakjöringsköd-Falls gesehen haben, sind diese Prozesse nicht zwingend davon abhängig, ob sie bewusst beziehungsweise gezielt erfolgen. Informationen, Kontexte und Wissen entstehen sozusagen auch ohne aktives Eingreifen unseres Geistes. Allerdings vermag sich die Kognition stufenlos an die Gegebenheiten der Situation anzu-

⁵³¹ Von Foerster, Wissen und Gewissen, 1993, S. 206 f.

⁵³² Vgl. von Foerster, a. a. O., S. 304: »Wollten wir umgangssprachliche Ausdrücke verwenden, ließe sich Kognition gut mit allen jenen Prozessen identifizieren, die aus der Erfahrung ›Bedeutung‹ ableiten.«

⁵³³ Zu dieser Annahme bin ich aufgrund von Foerstes Auseinandersetzung mit den Forschungsergebnissen von Jerzy Konorski gelangt. Von Foerster zitiert Konorskis Schlussfolgerungen zu von ihm durchgeführten Tierversuchen im Zusammenhang mit Reflexen und konditionierenden Stimuli: »1. Selektion: ›Beim Lösen eines bestimmten Konditionierungsproblems benutzt das Lebewesen nicht alle Informationen, die vom konditionierten Stimulus angeboten werden, sondern wählt eindeutig ganz bestimmte Merkmale aus und vernachlässigt die anderen.‹ 2. Untrennbarkeit: ›...Es ist nicht so, wie wir aufgrund unserer Introspektion geneigt sind anzunehmen, dass der Empfang von Information und deren Nutzung zwei getrennte Prozesse sind, die auf beliebige Art miteinander kombiniert werden können; im Gegenteil, Information und ihre Nutzung sind untrennbar und bilden in Wirklichkeit einen einzigen Prozess.‹; Von Foerster, a. a. O., S. 310. Leider konnte ich die Primärfundstelle bei Konorski nicht auffinden; seine Werke sind in Deutschland nicht besonders verbreitet. Daher verwende ich diese Stelle auch hier nicht als direkten Nachweis.

passen. Ein Beispiel soll deutlich machen, worauf ich hinaus möchte: Sieht ein Autofahrer ein Stoppschild, wird er ohne Weiteres sein Fahrzeug an der Haltelinie anhalten. Er hat das Schild wahrgenommen und gleichzeitig gedeutet. So entstand die Information, der Wagen sei anzuhalten. Während dieses Prozesses konnten gelernte Informationen und Kontexte hinzugezogen werden, welche der Fahrer während seiner Ausbildung und der andauernden Teilnahme am Straßenverkehr in sein Wissen implementiert hat. Der Fahrer hat diesen kognitiven Vorgang, der schließlich zu den angemessenen Handlungen führte, nicht bewusst erlebt; der Vorgang kostet ihn auch so gut wie keine Mühe. Kurz: Der Fahrer musste nicht über das Stoppschild nachdenken. Stellen wir uns nun vor, unser Fahrer möchte seinen Wagen in der Kölner Innenstadt parken, um noch einige Besorgungen zu machen. Er stellt den Wagen auf einem freien Abschnitt am Bordstein ab, steigt aus und betrachtet das in unmittelbarer Nähe aufgestellte Schild, welches augenscheinlich ein absolutes Halteverbot mit Richtungspfeilen und einer zeitlichen Beschränkung darstellt. Der erste Verlauf der Kognition wird dem Fahrer nur die Erkenntnis liefern, dass er besser das Schild genau *prüfen* und *nachdenken* sollte, wenn er nicht abgeschleppt werden möchte. Dies ist meiner Ansicht nach der Punkt an dem die Kognition, also die Wahrnehmung und Deutung, sozusagen zu einer bewussten und gezielten Tätigkeit ausgedehnt wird. Die einfache Kognition wird durch Konzentration und gezieltes Nachdenken zur *Sinngebung*.

Wir können die praktische Rechtsanwendung mithin auch als eine besondere Form der Sinngebung auffassen. Sie ist durch spezialisierte und strukturierte Denkmuster geprägt, stellt besondere filternde sowie transformative Kontexte bereit und umfasst erlernte, adaptive Netzwerke an Zielsetzungen. Auf diese Weise vermögen wir die komplexe, vielfältige und vieldeutige Situation der praktischen Rechtsanwendung zu erfassen und einen Bezug zu juristischen Sinninhalten herzustellen. Wir erlangen ein *Sinnverständnis* und stellen (juristische) *Sinnzusammenhänge* her.

Den Denk- und Handlungszielen kommt dabei eine entscheidende Bedeutung zu, denn sie kanalisieren unsere Aufmerksamkeit und lenken unsere Interpretation in bestimmte Richtungen. Unser übergeordnetes, gewissermaßen universales Ziel ist, der Situation insgesamt einen Sinn

zu geben, welcher *uns* zufriedenstellt. Das wiederum erfordert, dass wir die Situation erfasst und dass wir die Situation in einen juristische Bedeutungs-zusammenhang einbetten, der uns angemessen erscheint. Was angemessen ist, können wir jedoch nicht willkürlich festlegen, sondern es muss sich an den Anforderungen und Erwartungen messen lassen können, welche in der Institution des Rechts an entsprechende Behandlung sozialer Konflikte mit juristischen Mitteln gestellt werden. Eine derartige Sinngebung ist mithin das Leitziel, an welchem sich alle weiteren Primär- und Subziele ausrichten, doch dazu sogleich, denn an dieser Stelle möchte ich ein Erklärungsmodell für die Sinngebung während der Rechtsanwendung wiedergeben. Dieses Modell ist nicht mehr als eine Anpassung und Umformulierung des kognitiven Schreibprozessmodells von Linda Flower und John R. Hayes⁵³⁴, welches ich für eine äußerst plausible Beschreibung der Textproduktion halte. Es eignet sich allerdings auch sehr gut dazu, die Rechtsanwendung aus einer neuen Perspektive zu betrachten und Dinge sichtbar zu machen, die wir vorher nicht berücksichtigt haben. Sie erkennen die reformulierten Bestandteile der Theorie von Flower und Hayes daran, dass sie nachfolgend *kursiv* gesetzt sind. Erneut muss ich darauf hinweisen, dass ich im Rahmen dieser Arbeit lediglich zum Nachdenken über das individuelle Erleben der praktischen Rechtsanwendung anregen möchte und es nicht meine Absicht ist, allgemeingültige, wissenschaftliche Aussagen über die menschliche Kognition zu treffen.

*Der mentale Prozess der Sinngebung während der Rechtsanwendung kann als ein Satz unterschiedlicher Denkmuster und Gedankeninhalte verstanden werden, welche wir organisieren, koordinieren und adaptieren.*⁵³⁵

Werfen Sie in diesem Zusammenhang bitte erneut einen Blick auf meine Liste und versuchen Sie, die rechtliche Prüfung im engeren Sinn als einen umfangreichen Satz an Denkmustern, wie etwa die Auslegung, die Subsumtion, die Beweiswürdigung etc. anzusehen. Aus dieser Sicht umfasst die Auslegung dann wiederum spezifische Denkmuster in Gestalt

⁵³⁴ Flower/Hayes, College Composition and Communication, Vol. 32, No. 4 (1981), 365-387.

⁵³⁵ Flower/Hayes, a. a. O., 365 (366).

der einzelnen Auslegungsmethoden, welche bei Bedarf zur Sinngebung herangezogen werden können.

- Rechtliche Prüfung im engeren Sinne
 - ...
 - Auslegung
 - ...
 - Methoden zur Auslegung von Normen
 - Wortlaut
 - Genetische Auslegung
 - ...
- Die Wahrung des Sachverhaltsbezugs – auch bekannt als Subsumtion

*Die Denkmuster und Gedankeninhalte der Sinngebung während der Rechtsanwendung sind in eine hierarchische Struktur eingebettet, doch ein jeder Inhalt und jedes Muster kann nicht bloß zu jeder Zeit im Sinngebungsprozess ausgelöst werden, sondern darüber hinaus können die verschiedenen Denkmuster und Gedankeninhalte je nach Bedarf kombiniert und ineinander eingebunden werden.*⁵³⁶ Im Zusammenhang mit den besonderen Strukturmerkmalen unserer Liste als Medium der Reflexion haben wir uns bereits mit dieser Relation der Inhalte auseinandergesetzt und festgestellt, dass eine hierarchische Struktur hinreichend flexibel ist, um sich an die Anforderungen der konkreten Situation anzupassen. Die Funktion, welche uns diese Kombination und Einbettung der Denkmuster und Gedankeninhalte erlaubt, ist ein Subprozess der Kontrolle und Überprüfung des jeweils aktuellen Sinnverständnisses.⁵³⁷ Während wir damit befasst sind, Sinnverständnis und Sinnzusammenhänge herzustellen, gleichen wir stets unsere Erkenntnisse mit unseren Annahmen und Erwartungen ab. Sobald eine Unstimmigkeit erfasst wird, kann der

⁵³⁶ Flower/Hayes, *College Composition and Communication*, Vol. 32, No. 4 (1981), 365 (366 und 367).

⁵³⁷ Vgl. Flower/Hayes, a. a. O., 365 (374).

Kontrollprozess den aktuellen Denkvorgang unterbrechen und einen anderen aktivieren, welcher die Unstimmigkeit beseitigen könnte.⁵³⁸

So werden Sie beispielsweise die Situation kennen, dass sich während der Subsumtion der Sachverhaltsangaben unter die aufbereiteten Normvoraussetzungen Zweifel bei Ihnen einstellen, woraufhin Sie die Subsumtion unterbrechen und Ihre Eingrenzung des entscheidungserheblichen Sachverhaltes erneut überprüfen, anpassen und die Subsumtion erneut beginnen.

Ein weiteres Beispiel für die Einbettung und Einbindung der Denkprozesse zur Sinngebung während der Rechtsanwendung ist das Hin und Her zwischen juristischem Obersatz und Lebenssachverhalt: Einerseits ziehen wir zur Vervollständigung des Obersatzes nur diejenigen Vorschriften und Gesetzespartikel heran, welche im Hinblick auf den zu prüfenden Lebenssachverhalt einschlägig sein könnten, andererseits soll der konkrete Sachverhalt anhand der juristischen Obersätze beurteilt und erst innerhalb dieser Prüfung zwischen Wesentlichem und Unwesentlichem unterschieden werden.⁵³⁹ Engisch schrieb daher von einem »Hin und Herwandern des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt«⁵⁴⁰. Ich möchte an dieser Stelle von einem verschachtelten Ablauf des juristischen Sinngebungsprozesses sprechen, in welchem unter anderem Denkprozesse zum Herantasten an den Sachverhalt, zur Auslegung, zur Subsumtion und zur Tatsachenfeststellung aufeinander abgestimmt und ineinander eingebunden werden, um einen *sinnvollen* juristischen Obersatz zu gewinnen, welcher schließlich eine angemessene Behandlung des entsprechend aufbereiteten Sachverhaltes erlaubt.

In diesem Zusammenhang will ich erneut die Metapher der Werkzeugkiste bemühen: Die Denkmuster und Gedankeninhalte sind unsere Werkzeuge zur Sinngebung. Bei ihrer Verwendung sind wir nicht auf eine bestimmte Reihenfolge festgelegt, sondern setzen sie je nach Bedarf

⁵³⁸ Vgl. *Flower/Hayes*, *College Composition and Communication*, Vol. 32, No. 4 (1981), 365 (374).

⁵³⁹ Vgl. *Engisch*, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3. Aufl. (1963), S. 14.

⁵⁴⁰ *Engisch*, a. a. O., S. 15.

ein.⁵⁴¹ Dabei macht manchmal erst der Einsatz eines Werkzeuge den eines anderen erforderlich.⁵⁴²

*Die Sinngebung während der Rechtsanwendung ist ein zielgerichteter mentaler Prozess.*⁵⁴³ *Wir steuern diesen Prozess durch das wachsende und sich anpassende Netzwerk unserer Ziele.*⁵⁴⁴ Die Ziele der Sinngebung können auf unterschiedlichste Art und Weise gebildet werden. Ich hatte oben bereits erwähnt, dass das Leitziel des juristischen Sinngebungsprozesses darin besteht, der Situation Sinn dergestalt zu geben, dass wir den ihr zu Grunde liegenden sozialen Konflikt adäquat beschreiben und behandeln können. Dieses Leitziel bedingt sämtliche, es fördernde Primär- und Subziele. Ferner richten sich diese Ziele nach den Informationen und Kontexten der jeweiligen Anwendungssituation, etwa unsere konkrete professionelle Rolle (Anwalt, Verwaltungsbeamter oder Richter), der Sinn und Zweck unserer Tätigkeit (Konflikte vermeiden oder entscheiden, klagen, verteidigen, begutachten), unsere wirtschaftlichen und ideellen Erwartungen, die sozialen Erwartung etc. All diese Faktoren bilden schließlich ein Netzwerk an Zielen aus, welches sozusagen den Ausgangspunkt der juristischen Sinngebung darstellt.

Neben der hierarchischen Unterscheidung zwischen Leitziel, Primär- und Subzielen, kann man auch noch zwischen inhaltlichen und methodischen Zielen differenzieren.⁵⁴⁵ *Methodische Ziele* sind etwa Arbeitsanweisungen, welche wir uns (in Gedanken) selbst erteilen, um den Sinn der Situation zu erfassen oder zu modellieren.⁵⁴⁶ So mögen wir uns etwa sagen: »Erstelle eine Skizze zu den Personenverhältnissen! Bei Verwandtschaften verschiedenen Grades komme ich doch so leicht durcheinander.«; »Fertige einen Aktenauszug an!« oder »Sammle Argumente für deine Position!« *Inhaltliche Ziele* sind demgegenüber solche, die sich

⁵⁴¹ Vgl. Flower/Hayes, *College Composition and Communication*, Vol. 32, No. 4 (1981), 365 (376).

⁵⁴² Ebd.

⁵⁴³ Flower/Hayes, a. a. O., 365 (366).

⁵⁴⁴ Ebd.

⁵⁴⁵ Flower und Hayes unterscheiden im Schreibprozess zwischen »process goals« und »content goals«; Flower/Hayes, a. a. O., 365 (377).

⁵⁴⁶ Vgl. Ebd.

unmittelbar auf den Sinngehalt der Situation beziehen: »Was heißt hier: sich bemächtigen?«; »Wo war der Angeklagte eigentlich nachdem die Polizei eingetroffen war?«; »Warum sollte das Gericht meiner Argumentation folgen?«

Unabhängig davon, wie man die Ziele der Sinngebung während der Rechtsanwendung kategorisieren möchte, sollte deutlich werden, dass sie weit, eng, grob, präzise, inhaltlich, methodisch, formell, materiell, offen oder geschlossen sein können. Entscheidend ist, dass die Ziele insgesamt darauf ausgerichtet sind, das universale des Rechtsanwenders zu fördern, nämlich die Situation in einen juristischen Sinnzusammenhang einzubetten, welchen er für angemessen hält. Kurz: Ziel der Sinngebung kann jeweils sein, was förderlich für den Sinn und Zweck unserer Tätigkeit ist.

Wir generieren unsere Ziele zur juristischen Sinngebung auf zwei unterschiedliche Weisen selbst.⁵⁴⁷ Zum einen entwickeln wir übergeordnete und umfassende Primärziele sowie diese fördernde Sub- beziehungsweise Teilziele.⁵⁴⁸ Diese Ziele beruhen auf unserem sich entwickelnden Verständnis der Situation.⁵⁴⁹ Zum anderen werden die Primär- und Subziele an die Erkenntnisse angepasst, welche wir während der Sinngebung gewinnen.⁵⁵⁰ Die Ziele werden nicht nur angeglichen und aktualisiert, sondern gegebenenfalls auch völlig neu gefasst oder komplett verworfen.⁵⁵¹

Als Rechtsreferendar bei Staatsanwaltschaft wurde ich damit beauftragt, eine Anklageschrift zu verfassen. Das Leitziel stand fest und somit auch die es fördernden Subziele (Anklageschrift verfassen = Sachverhalt erfassen, rechtliche Würdigung, Schilderung des Tatgeschehens, rechtliche Beurteilung, Strafzumessungserwägungen). Der Beschuldigte wurde verdächtigt mehr als 20 Kraftfahrzeuge in Brand gesetzt zu haben. Allerdings war er nie unmittelbar bei der Tatausführung beobachtet worden, auch hatte man keine Spuren von ihm an den jeweiligen Tatorten gefun-

⁵⁴⁷ Flower/Hayes, College Composition and Communication, Vol. 32, No. 4 (1981), 365 (366).

⁵⁴⁸ Ebd.

⁵⁴⁹ Ebd.

⁵⁵⁰ Ebd.

⁵⁵¹ Ebd.

den. Es war umfangreich ermittelt worden und die Fallakte umfasste nahezu 2000 Seiten. Zeugenaussagen, Brandgutachten, TKÜ-Protokolle (gleich mehrere Bände), Ermittlungsprotokolle etc. Meine Ziele zur Sinngebung passten sich an diese Gegebenheiten an: »Verschaff dir erstmal einen Überblick über die gesamte Fallakte! Erstelle eine tabellarische Übersicht über den Geschehensablauf, Beteiligte, Einlassungen, Beweismittel! Etc.« Diese methodischen Ziele wurden nach und nach durch inhaltliche Ziel ergänzt, denn mit dem zunehmenden Verständnis der Situation, stellte ich mir zunehmend inhaltliche Fragen: »Passt die Beschreibung des Zeugen A auf den Beschuldigten?«, »In welcher Entfernung zum Tatort 13 ist die Bierflasche mit den DNA-Spuren gefunden worden?«, »Wann ist eine Brandstiftung eigentlich versucht?« etc. Durch Erreichen eines Ziels der Sinngebung veränderte sich mein Verständnis der Situation, was wiederum auf die Definition der sich anschließenden Ziele auswirkte. Schließlich musst ich feststellen, dass der ermittelte Sachverhalt in nur zwei Fällen zur Begründung eines hinreichenden Tatverdachts ausreichte. Das Ziel, die Situation in den juristischen Sinnzusammenhang einer Anklage einzubetten, musste ich mithin größtenteils verwerfen. Es wird deutlich, dass zielgerichtetes Denken sehr eng mit der Entdeckung von neuen Sinnzusammenhängen verbunden ist.⁵⁵² Häufig erkennt man erst im Verlauf des Sinngebungsprozesses der Rechtsanwendung was eigentlich das ist, *worauf es eigentlich ankommt*. Ein Phänomen, dass wir bereits als die Relativität der Interpretation kennengelernt haben.⁵⁵³

⁵⁵² Vgl. *Flower/Hayes*, *College Composition and Communication*, Vol. 32, No. 4 (1981), 365 (378).

⁵⁵³ Siehe hier S. 148 f.

DIE AUSEINANDERSETZUNG mit dem Prozess der Sinngebung während der Rechtsanwendung sollte gezeigt haben, wie wichtig es sein kann, sich ab und zu von der gängigen Vorstellung der praktischen Rechtsanwendung als ein gestuftes, standardisiertes Verfahren der Problemlösung frei zu machen. Die Sinngebung ist ein aktiver, bewusster und vor allem zielgerichteter Vorgang der *in unseren Köpfen* stattfindet. Aus dieser Sicht kommt es nicht in Betracht zu behaupten, dass professionelle Rechtswender einen gegebenen Sachverhalt objektiv an Maßstäben des Rechts messen. Aus dieser Sicht wird der einzelne Rechtswender vielmehr selbst zu einem Teil der Situation, die er durch seine aktive Sinngebung formt und somit in eine bestimmte Richtung lenkt.

Sinn vermitteln

Aufgrund der Tatsache, dass wir mit der praktischen Rechtsanwendung einen Zustand der Lebenswirklichkeit beeinflussen möchten, sind die mentalen Prozesse während der Rechtsanwendung nicht nur darauf ausgerichtet, der Situation einen Sinn zu geben, sondern auch darauf, dieses Sinnverständnis anderen zu vermitteln. Meiner Vorstellung nach werden die mentalen Prozesse der Sinngebung während der Rechtsanwendung daher durch solche der Sinnvermittlung ergänzt, wobei sich die mentalen Abläufe wechselseitig ergänzen *und* bedingen.⁵⁵⁴

Die mentalen Abläufe von Sinngebung und Sinnvermittlung basieren auf derselben Grundstruktur, ihr Erklärungsmodell ist dasselbe. Die Prozesse der Sinnvermittlung können daher ebenfalls als ein Satz an Denkmustern und Gedankeninhalten verstanden werden, welche wir organisieren, koordinieren und adaptieren.⁵⁵⁵ Ferner sind diese Denkmuster und Gedankeninhalte in eine hierarchische Struktur eingebettet, wobei ein jeder Inhalt und jedes Muster nicht bloß zu jeder Zeit im Sinn-

⁵⁵⁴ Diese Einteilung unserer Denkvorgänge ist künstlich und beruht auf meiner Willkür. Sie dient nur dem Zweck, mentale Prozesse, die sich (noch) nicht objektiv sinnvoll beschreiben lassen, in irgendeiner Art und Weise zugänglich zu machen und einen Nutzen aus diesem Verständnis zu ziehen.

⁵⁵⁵ *Flower/Hayes*, College Composition and Communication, Vol. 32, No. 4 (1981), 365 (366), vgl. hier im Text S. 367 ff.

gebungsprozess ausgelöst werden, sondern darüber hinaus können die verschiedenen Denkmuster und Gedankeninhalte je nach Bedarf kombiniert und ineinander eingebunden werden kann.⁵⁵⁶ Die Sinnvermittlung ist zudem ebenfalls ein zielgerichteter mentaler Prozess, welchen wir durch das wachsende und sich anpassende Netzwerk unserer Ziele steuern.⁵⁵⁷ Diese Ziele richten sich nach unserem, sich entwickelnden Verständnis von der Situation, passen sich an, werden neu gefasst oder völlig verworfen.⁵⁵⁸ Der entscheidende Unterschied zwischen der Sinnvermittlung und der Sinngebung ist jedoch, dass ihnen unterschiedliche Ziele zu Grunde liegen. Während die Sinngebung darauf ausgerichtet ist, die Situation in einen – für den Rechtsanwender stimmigen – juristischen Sinnzusammenhang einzuordnen, zielt der Prozess der Sinnvermittlung darauf ab, den hergestellten juristischen Sinnzusammenhang möglichst wirkungsvoll und zweckdienlich zu kommunizieren, um andere von unserem Sinnverständnis zu überzeugen. Diese unterschiedlichen Leitziele und die daraus folgenden Zielnetzwerke führen dazu, dass unsere Denkmuster und gedankliche Inhalte jeweils unterschiedlich arrangiert und eingesetzt werden, was ohne Weiteres möglich ist, da ihre jeweilige hierarchische Organisation sowie ihre konkrete Applikation sich am Kontext unserer Wahrnehmung ausrichtet. Dies ermöglicht uns, dieselben Muster, Inhalte und Konzept in unterschiedlichen Kombinationen und Zusammenhängen zu verwenden. So können beispielsweise die Inhalte zur Auslegung als ein Satz an Denkmustern verstanden werden, welche im mentalen Prozess der Sinngebung dafür verwendet werden, ein juristisches Sinnverständnis herzustellen. Sie erlauben uns dann eine Art geführtes Gedankenexperiment, mit welchem wir den Dialog mit der Situation vorantreiben können. Auf diese Weise können wir unsere Gedanken leiten, von der Definition zum Einstieg, hin zur zweckdienlich erscheinenden Auslegungsmethode (»Was heißt hier eigentlich fremd? Fremd kann im Hinblick auf Sinn und Zweck der Vorschrift so ausgelegt werden, dass ... Diese Auslegung scheint mich jedoch nicht weiterzubringen, eventuell erziele ich mit der systematische Aus-

⁵⁵⁶ *Flower/Hayes*, *College Composition and Communication*, Vol. 32, No. 4 (1981), 365 (366 und 367).

⁵⁵⁷ *Flower/Hayes*, a. a. O., 365 (366).

⁵⁵⁸ Ebd.

legung ein besseres Ergebnis ...«) Unsere Gedanken müssen dabei jedoch keine konkrete Gestalt annehmen, sie müssen nicht übersetzt werden. Anders liegen die Dinge im Prozesse der Sinnvermittlung, denn hier steht die kontrollierte Produktion von linearen Texten im Vordergrund. Die Inhalte zu Auslegung werden nun dahingehend eingesetzt, als dass sie die Gedanken Form und Struktur geben, welche ihre Kommunikation ermöglicht (»Bei dem Smartphone des Geschädigten handelt es sich um eine, für den Angeklagten fremde bewegliche Sache. Denn im Hinblick auf die Systematik ist »fremd« hier folgendermaßen zu verstehen: ...«)

Die Unterscheidung von Sinnvermittlung und von Sinngebung ist für uns von großem Nutzen, weil sie unser Bewusstsein für ein wichtiges Phänomen unserer gedanklichen Tätigkeit schärft: Die mentalen Prozesse der Rechtsanwendung können aufgrund ihrer unterschiedlichen Ziele in Konflikt geraten. Während ich der Situation einen Sinn gebe, weiß ich noch nicht, worauf es konkret ankommt. Ich muss daher offen für unterschiedliche Sichtweise und Lösungsansätze bleiben. Ferner muss ich umfassend und im Überfluss denken. Demgegenüber muss ich meine Gedanken während der Sinnvermittlung reduzieren, folgerichtig anordnen und mich für eine Lösungsmöglichkeit entscheiden. Ich muss meine Gedanken fixieren, befestigen. Während also die Sinngebung von der möglichen Reversibilität der Gedankengänge lebt, ist die Sinnvermittlung auf eine Irreversibilität des Gedachten ausgerichtet.

Dieser Zielkonflikt lässt sich nicht auflösen. Man kann ihm nur dadurch begegnen, dass man sich jeweils bewusst auf eine Denkart der Rechtsanwendung einlässt und sich bewusst der anderen zuwendet, soweit sich das Gefühl einstellt, man habe ein ausreichendes Sinnverständnis erlangt beziehungsweise eine zweckdienlich Form der Sinnvermittlung vor Augen.⁵⁵⁹ So lässt sich ein dialektisches Wechselspiel zwischen Sinngebung und -vermittlung vollziehen an dessen Ende die zu

⁵⁵⁹ *Elbow*, *Writing with Power*, 2nd ed. (1998), S. 349.

entäußerte Lösung steht, gewissermaßen als Synthese der beiden Spielarten der mentalen Prozesse während der Rechtsanwendung.⁵⁶⁰

Damit wir Sinn vermitteln können, müssen wir unser Sinnverständnis derart fixieren, dass es von *anderen* wahrgenommen, gedeutet und verstanden werden kann. Dazu müssen wir unsere Gedanken gewissermaßen eine lineare Abfolge aufzwingen, denn wollen wir kommunizieren, führt an der Linearität kein Weg vorbei. Hierzu schreibt Peter Elbow:

The shackles of linguistic and textual linearity are most striking if we turn from reading to writing. In writing, we often have a gaggle of words or ideas jostling in our head, yet the doorway of language allows only one idea at a time – indeed only one word at a time! Every choice is a choice among jostlers. No wonder writers dream of escaping linearity. But linearity will never go away as a problem for both writers and readers since it's inherent in the medium we swim in: time.⁵⁶¹

Die mentalen Prozesse der Sinnvermittlung sind mithin im Wesentlichen dazu bestimmt, die Erkenntnisse der Sinnggebung zu einer zusammenhängenden Komposition zusammenzufügen, welche in einer lineare Struktur präsentiert werden kann. Dabei helfen die Denkmuster und Gedankeninhalte von Formalia, Stilregeln und abstrakter Schreibtechniken. Doch abstrakte Verfahren zur Produktion von Texten reichen allein nicht aus, um Sinn erfolgreich kommunizieren zu können. Die gut gemeinte Ratschläge zur Strukturierung von Texten und die Schulung des

⁵⁶⁰ Peter Elbow verwendet den Begriff »dialectical alternation« für die Wechselwirkung zwischen Entwurf und Niederschrift. Vgl. *Elbow, Writing with Power*, 2nd ed. (1998), S. 349.

⁵⁶¹ *Elbow, The Music of Form, College Composition and Communication*, Vol. 57, No. 4 (2006), S. 620 (653 f.). Meine Übersetzung lautet: »Die Einschränkungen linguistischer und textueller Linearität fallen besonders dann auf, wenn wir uns vom Lesen dem Schreiben zuwenden. Während des Schreibens haben wir oft ein Geschnatter von Wörtern und ein Gedrängel von Ideen in unserem Kopf, doch die Toröffnung der Sprache lässt nur eine Idee auf einmal, ja eigentlich nur ein Wort auf einmal passieren! Jede Auswahl ist daher eine solche zwischen Drängeln. Kein Wunder, dass Schreibende davon träumen, der Linearität zu entkommen. Aber Linearität, als Problem der Schreibenden und Lesenden, wird niemals verschwinden, denn sie wohnt dem Medium inne, in welchem wir schwimmen: der Zeit.«

persönlichen Schreibstils führen leider nicht immer zu *guter* Kommunikation juristischer Sinnzusammenhänge. Denn diese Ratschläge folgen dem Muster: Befolgen Sie effektive Vorgehensweisen und stellen Sie sicher, dass sie einen Text mit bestimmten Merkmalen produzieren, dann werden Sie beim Leser die gewünschten Reaktionen hervorrufen.⁵⁶² Das Problem ist jedoch, dass es der Leser ist, welcher den Sinninhalt und -zusammenhang des Textes herstellen muss.⁵⁶³ Denn das Sinnverständnis eines anderen liegt nicht auf dem Papier, sondern entsteht vielmehr *im Kopf des Lesers*. Es handelt sich nämlich um nichts anderes, als ein Zusammenspiel von Information, Kontext und Wissen. Das Sinnverständnis eines anderen kann daher immer nur eingeschränkt kontrollierbar sein. Wie sollte es dann eine Garantie dafür geben, dass der Inhalt auch tatsächlich so verstanden wird, wie der Verfasser es beabsichtigte? Eventuell misst der Leser – aufgrund seines umfassenden Wissens und Vorverständnisses – dem Text eine Bedeutung zu, welche der Verfasser nicht einmal erraten konnte, den letzten Endes ist menschliche Kommunikation stets von Vieldeutigkeiten durchzogen. In diesem Zusammenhang möchte ich David Nyberg zitieren:

... but »understanding« is a peculiar and illusory thing, and »meaning« should not be confused with »truth«. We have words for experiences and ideas such as »love«, »justice«, »freedom«, even »truth«, but these words do not necessarily mean the same thing to different people. Nor should they. If all of our most important words carry exactly the same meaning for everybody, then we will have lost something of our individuality. If each of these words refers to only one experience, one idea, one understanding – then they don't refer to my experience, my idea, my understanding, not to yours, hers, his. Then we have lost nuance.

Understanding is approximate. Meaning is approximate. At its heart, language, as the carrier of meaning and producer of understanding, is particular, not universal.⁵⁶⁴

⁵⁶² Vgl. Colomb/Griffin, *New Literary History*, Vol. 35 (2004), S. 273 (274).

⁵⁶³ Ebd.

⁵⁶⁴ Nyberg, *The Varnished Truth*, 1995, S. 126. Meine Übersetzung lautet: »[...] jedoch ist ›Verständnis‹ eine eigentümliche und illusorische Sache, und ›Bedeutung‹ darf nicht mit ›Wahrheit‹ verwechselt werden. Wir haben Wörter für Erfahrungen und Ideen, wie etwa ›Liebe‹, ›Gerechtigkeit‹, ›Freiheit‹ und sogar ›Wahrheit‹, diese Wörter bedeuten jedoch nicht zwangsläufig für jeden dasselbe. Das sollten sie auch nicht. Würden unsere wich-

Auch die fachgerechte Vorgehensweise der professionellen Textproduktion, und sei ihre Sprache auch noch so präzise und formal, vermag diesen Umstand allein nicht zu kompensieren.

Die vorangegangenen Ausführungen gelten im Wesentlichen nicht bloß für das Verfassen juristischer Texte, sondern auch für die Entäußerung der rechtlichen Lösung in sprachlicher Form. Denn auch das Sprechen ist zwingend mit der linearen Abfolge von Sinneinheiten verbunden und auch während eines Vortrages kann man das Sinnverständnis der Zuhörer nur bedingt kontrollieren. Allerdings ist die schriftliche, asynchrone Kommunikation für den Rechtsanwender mit größeren Schwierigkeiten verbunden. Sprachliche Äußerungen setzen sich nämlich aus dem zusammen *was* gesagt wird und *wie* es gesagt wird, während das Schriftlich nur Ersteres abbilden kann.⁵⁶⁵ Desweiteren können wir im Gespräch anhand der Reaktionen unseres Gegenübers – und sei es nur sein Augenrollen – darauf schließen, ob er unser Sinnverständnis versteht, teilt oder gar ablehnt, und davon ausgehend unsere Äußerungen anpassen, erweitern oder zurücknehmen. Wer juristischen Sinngehalt mittels eines Textes kommunizieren will, muss sich daher darüber im Klaren sein, dass das Geschriebene weit hinter dem zurück bleibt, was gedacht wurde sowie hinter dem, was ausgesprochen werden kann. Geschriebenes wird zudem meist dann gelesen, wenn der Verfasser nicht anwesend ist und zu guter Letzt erlaubt es aufgrund seiner Fixierung eine eingehende Analyse, vorwärts und rückwärts, wiederholt, unter Heranziehung externer Quellen.⁵⁶⁶

tigsten Wörter jedem die selbe Bedeutung vermitteln, würden wir einen wichtigen Teil unserer Individualität einbüßen. Wenn sich jedes dieser Wörter nur auf eine Erfahrung, eine Idee oder ein Verständnis bezieht, beziehen sie sich nicht auf meine Erfahrung, meine Idee, mein Verständnis, und auch nicht auf Deine, ihre und seine. So hätten wir an Nuancierung verloren. Verständnis ist annähernd. Bedeutung ist annähernd. Im Kern ist die Sprache, als Träger von Bedeutung und Produzent von Verständnis, spezifisch, nicht universell.«

⁵⁶⁵ Olson, *The world on paper*, 1994, S 93.

⁵⁶⁶ Hierzu schreibt niemand so treffend wie Jack Goody: »It is rather the form in which the alternatives are presented makes one aware of the differences forces one to consider contradiction, makes one conscious of the ›rules‹ of argument, forces one to develop such ›logic‹. And the form is determined by the literary or written mode. Why? Because when an utterance is put in writing it can be inspected in much greater detail, in its parts as well

Den gegebenen Sinn zu kommunizieren ist mithin kein leichtes Unterfangen. Die abstrakten Schreib-, Rede- und Stilregeln sind dabei nur eingeschränkt von Nutzen. Sie sind jedenfalls kein Allheilmittel. Mit Standards kommen wir hinsichtlich der Individualität eines jeden Adressaten unserer Texte und Vorträge unserem Ziel zwar näher, jedoch nicht entscheidend weiter. *Gute* Texte sind – wie auch *gute* Vorträge und Reden – mehr als wohl strukturiert und stilistisch einwandfrei. Gute Texte, wie auch gute Reden, lassen die Adressaten Sinninhalte und Sinnzusammenhänge als ein kohärentes, zusammenhängendes Ganzes erfahren.⁵⁶⁷ Wer einen guten Text gelesen oder einen guten Vortrag gehört hat, erinnert sich daher in aller Regel auch nicht an den genauen Wortlaut, sondern hat eine vielmehr eine Vorstellung von dem Sinngehalt *als Ganzes* erlangt.

Je länger ich mich im Rahmen meiner reflexiven Praxis mit einem Modell der mentalen Prozessen der Sinnvermittlung auseinandersetzte und meine Struktur unter diesem Aspekt interpretierte, desto stärker veränderte sich mein Verständnis von einer Ausrichtung auf den Adressaten der rechtlichen Lösung. Ich maß den abstrakten Schreibtechniken, Strukturmethoden und Stilregeln nur noch *mittelbare* Bedeutung zu und richtete mein Hauptaugenmerk auf die vermeintlichen Prozesse im Kopf des Adressaten bei der Rezeption meiner Äußerungen. Daraus folgte ich, dass man nicht bloß den Adressaten unserer Äußerung *vor Augen* haben muss, sondern sich darüber hinaus auch noch eine Vorstellung des Wissens, Wollens und Fühlens des Lesers als einen anderen zu gewinnen hat.⁵⁶⁸ Dazu abstrahiere man sein spezielles Wissen und idiosynkratischen Ansichten, um die Situation des anderen in einfachen

as in its whole, backwards as well as forwards, out of context as well as in its setting; in other words, it can be subjected to a quite different type of scrutiny and critique than is possible with purely verbal communication. Speech is no longer tied to an ›occasion‹; it becomes timeless. Nor is it attached to a person; on paper, it becomes more abstract, more depersonalised.« Goody, *The domestication of the savage mind*, 1977, S. 44.

⁵⁶⁷ In *Colomb/Griffin*, *New Literary History*, Vol. 35 (2004), S. 273–301, befassen sich die Autoren mit der Erfahrung des Leser von Kohärenz. Siehe insbesondere zur Kohärenz S. 276.

⁵⁶⁸ Vgl. *Breithaupt*, *Kulturen der Empathie*, 3. Aufl. (2012), S. 68.

Grundzügen antizipieren zu können.⁵⁶⁹ Man muss eine Ahnung dafür entwickeln, welches Wissen man bei seinem Adressaten voraussetzen darf, in welchem Kontext er die Äußerung aufnehmen wird und wie er die ihm präsentierten Daten in der Folge rezipieren wird. Die mentalen Prozesse der Sinnvermittlung zeichnen sich mithin vor allem dadurch aus, dass sie stets eine Form des Perspektivenwechsels beinhalten, sozusagen darauf ausgerichtet sind, einen imaginären Leser oder Zuhörer in den parallel ablaufenden Selbsterklärungsprozess miteinbeziehen.⁵⁷⁰

Auf diese Weise erhält man eine Perspektive auf das eigene Wirken, in welchem Schreibmethoden, Stilregeln oder Gestaltungsformen wie das Layout nicht mehr nur zur Herstellung eines Produktes dienen, sondern auf einen Prozess im Kopf des Leser ausgerichtet sind. Man denke etwa an die Erscheinungsform der Klageerwiderungsschrift. Ist sie auf edlem, schweren Papier gedruckt, im Blocksatz, mit knappen Seitenrändern? Man stelle sich nun den entscheidenden Richter vor, wie er mit Mühe versucht, den in die Akte gehefteten Schriftsatz durchzublättern; wie die Seiten immer wieder zurückschlagen, die Ränder zu klein sind um Randbemerkungen einzufügen, wie er durch diese Kleinigkeiten, vom Inhalt abgelenkt wird ...

In diesem Zusammenhang wird man sich auch ins Bewusstsein rufen können, dass der Lesevorgang mit Zeit- und Kraftaufwand einhergeht. Durch die Kommunikation des eigenen Sinnverständnisses versucht man, den langwierigen Vorgang der Sinngebung nicht nur in inhaltlicher, sondern auch in zeitlicher Hinsicht zu komprimieren. Insbesondere weil man es in der Institution des Rechts größtenteils mit »professionellen Lesern« zu tun hat, muss man die Zeit- und Kraftreserven der Adressaten stets berücksichtigen.

Festzuhalten bleibt, dass es hilfreich sein kann, die Rechtsanwendung als ein Geschehen aufzufassen, in dessen Verlauf zwei verschiedene mentale Prozesse ablaufen, die sich wechselseitig ergänzen und bedingen, dabei jedoch auch in Konflikt geraten können. Interpretieren wir unser Wir-

⁵⁶⁹ Breithaupt, *Kultur der Ausrede*, 2012, S.214.

⁵⁷⁰ Vgl. Emrich, *Schreib-Partikel und ihre allmähliche Verfertigung*, in: Narr/Stary (Hrsg.), *Die Lust und Last des wissenschaftlichen Schreibens*, 1999, S. 54.

ken und unsere Struktur im Hinblick auf diese (möglicherweise) während der praktischen Rechtsanwendung ablaufenden mentalen Prozesse, werden wir das Verständnis unserer Wirkens vertiefen. *Gute* Texte und *gute* Reden Entstehen nämlich in den Köpfen der Verfasser *und* ihrer Adressaten. Dem Hin und Her zwischen Gesetz und Lebenssachverhalt, Problem und Lösung, Gemeinsamkeiten und Unterschieden, Zukunft und Vergangenheit sowie Regel und Ausnahme lassen sich in der Folge neue Dimensionen zumessen. Rechtsanwendung *kann* nicht in jeder Hinsicht logisch und folgerichtig erklärt werden und damit kann man sich beruhigt abfinden.

Zwischen Sinngebung und Sinnvermittlung

Wir haben festgestellt, dass die mentalen Prozesse von Sinnvermittlung und Sinngebung aufgrund unterschiedlicher Zielsetzungen miteinander in Konflikt geraten können. Wollen wir den Sinn einer Situation erfassen, sollten wir möglichst flexibel, umfassend und variabel denken können, während wir unser Denken auf Reduktion, Transparenz, Folgerichtigkeit und Kohärenz ausrichten sollten, wenn wir anderen einen Sinngehalt vermitteln wollen. Dieser Konflikt lässt sich nicht vermeiden, da sich die Prozesse überlappen. Während wir für andere schreiben, sind wir selbst ein Leser, der Geschriebenes deutet.⁵⁷¹ Die Erkenntnisse dieser Interpretation wirken wiederum auf unser Verständnis der Situation insgesamt zurück. Ein Phänomen, welches der Grund dafür ist, dass man manche Lösungen erst während der Niederschrift in Betracht zieht.

Auf die Bedeutung der Vorüberlegungen wie Routinen des Schreibens um zu Denken sind wir bereits eingegangen. Im Hinblick auf unsere Überlegungen zu den mentalen Prozessen, erscheinen die hierzu gesammelten Erkenntnisse jedoch nun in einem neuen Licht. Meiner Ansicht nach, sind es die sogenannten Hilfstätigkeiten wie die Fertigung von Zeitstrahlen, Skizzen, Tabellen, Listen, Gliederungen und Lösungsskizzen, welche die mentalen Abläufe von Sinngebung und Sinnvermittlung in Einklang bringen. Wenn wir für uns sichtbar machen, wie

⁵⁷¹ Vgl. Gréssillon, Über die allmähliche Verfertigung von Texten beim Schreiben, in: Zanetti (Hrsg.), Schreiben als Kulturtechnik, 2012, S. 152 (161).

wir der Situation einen Sinn geben, fällt es uns leichter, umzudenken, wie dieser Sinn vermittelt werden kann. Kein Wunder also, dass meine Überlegungen zu Sinnvermittlung und Sinngebung aus Überlegungen zur Bedeutung eines Fahrplanes der Niederschrift entstanden sind.

Sich der Unterschiede zwischen Sinngebung und Sinnvermittlung bewusst zu werden, ist meiner Ansicht ein entscheidender Schritt hin zu höherwertigen juristischen Textprodukten. Das ist insofern bemerkenswert, als das wir unseren Fokus *gerade nicht mehr* auf das fertige Produkt selbst, sondern vielmehr auf den gedanklichen Prozess zu diesem Produkt hin richten. In diesem Zusammenhang möchte ich insbesondere Examenskandidaten wie Berufsanfängern dazu raten, bewusst auf ihre Schreibroutinen hin zur Niederschrift der rechtlichen Lösung zu achten und diese gegebenenfalls anzupassen. Man kann etwa mit einer Bestandsaufnahme von zur Verfügung stehenden intellektuellen Werkzeugen anfangen. So könnte man eine einfache Liste schreiben, wie etwa folgende:

- Zeitstrahl
- Sachverhaltsskizze
- Gliederung des entscheidungserheblichen Sachverhalts
- Forderungstabelle
- Liste der möglicherweise einschlägigen Normen
- Aktenauszug
- Fahrplan der Niederschrift/Lösungsskizze

Interpretiert man diese Liste nun unter der Prämisse, dass das Schreiben eine besondere Form des Denkens ist, wird deutlich, dass man Zeitstrahlen, Sachverhaltsskizzen oder Aktenauszüge nicht um ihrer selbst willen anfertigt, sondern *um auf eine bestimmte Art und Weise über den jeweiligen Fall nachzudenken*, den man einer angemessenen Lösung zuzuführen hat. Wer etwa einen Zeitstrahl zum Geschehensablauf anfertigt, muss in zeitlichen Relationen denken; wer eine Skizze zum Sachverhalt anfertigt, muss in sachlichen wie personellen Relationen denken; wer einen Aktenauszug fertigt, muss in dialektischen Relationen denken. Das Schreiben und Zeichnen fördert Denkweisen, die uns den Umgang mit komplexen, vielfältigen und vieldeutigen Situationen ermöglichen.

Wer gute Lösungsskizzen fertigen möchte, sollte sich diesen Sinn und Zweck des Schreibens vergegenwärtigen und sich bewusst machen, dass die Lösungsskizze nicht nur die Niederschrift anleiten, sondern auch zwischen den konfligierenden mentalen Prozessen von Sinngebung und Sinnvermittlung vermitteln soll. Man tut daher gut daran, sich ein eigenes Verfahren zur Anfertigung zweckdienlicher Lösungsskizzen anzueignen. Eine (rechts-) wissenschaftliche Untersuchung dieses Themas wäre wünschenswert; ich kann sie an dieser Stelle leider nicht leisten. Dennoch will ich zum diesen Abschnitt mit einer exemplarischen Sammlung meiner Prinzipien zu Lösungsskizze beschließen. Eventuell regt das Nachdenken über diese Prinzipien den ein oder anderen zur Reflexion hinsichtlich seiner Schreibtechniken an.

- Alle wesentlichen Entscheidungen müssen getroffen und hinreichend durchdacht worden sein. Die Kennzeichnung eines Punktes als »strittig« oder »zu diskutieren« reicht nicht aus. Es gilt: Die Lösungsskizze dient dazu, den Fall einmal zu durchdenken und die Lösung als Ganzes vor Augen zu haben. Wir schreiben die Lösungsskizze, um zur *konkreten* Lösung hin zu denken. Das soll nicht heißen, dass man sich bereits endgültig festlegt, sondern nur verhindern, dass man ins Blaue hineinschreibt.
- Handelt es sich um einen für die Fallbearbeitung wesentlichen Punkt, ist seine Abhandlung strukturiert und nicht bloß mit willkürlich aufgezählten Stichwörtern darzustellen, denn die Lösungsskizze soll auch die Niederschrift unter Stress und Zeitdruck ermöglichen. Daher bedürfen insbesondere die Erörterungen von Wertungsfragen einer Gliederung mit »rotem Faden«. Dazu wende man bewusst Verben und Konjunktionen.
- Die Lösungsskizze ist kein Protokoll unserer (gesamten) Vorüberlegungen, sondern Antizipation der Darstellung unserer Lösung.
- Man sollte sich mit allgemeinen Prinzipien des juristischen Strukturierens vertraut machen⁵⁷² und sich eine eigene Methode des Gliederns und Strukturierens angewöhnen.

⁵⁷² Hierzu bietet sich *Haft*, Juristische Schreibschule, München 2009, als hervorragender Einstieg an.

- Man beachte das Prinzip der Übersichtlichkeit: Lösungsskizzen müssen so beschaffen sein, dass man sie noch mit einem Mal überblicken kann. Wer mit der Hand schreibt, wird sich demnach auf maximal vier bis sechs Din-A4-Seiten beschränken müssen.⁵⁷³ Wer es mit umfassenderen Texten zu tun hat, sollte entweder mit Karteikarten oder digitalen Outlinern arbeiten.
- Man ermögliche und praktiziere dialektisches Überarbeiten. Wer mit der Hand schreibt, versehe sein Blatt mit einem Rand links, für spätere Anmerkungen, Umstellungen und Ergänzungen. Wer mit digitalen Werkzeugen arbeitet, drucke die Skizze mit einem entsprechenden Rand links aus, und überarbeite Sie handschriftlich. Die Revision der Skizze ist kein optionaler Arbeitsschritt, sondern vielmehr eine *notwendige Dimension* der Herstellung einer guten rechtlichen Lösung.⁵⁷⁴
- Man achte auf bewussten und intensiven Gebrauch der Konzentrationsfunktion des Schreibens. Man schreibe immer so knapp und so wenig wie möglich, doch nicht weniger als nötig. Insbesondere achte man auf die Kohärenz und die Linearität der eigenen Gedankenführung.
- Die Lösungsskizze ist keine bloße Wiedergabe und/oder Aneinanderreihung von standardisierten Prüfungsschemata. Letztere sind mehr oder weniger abstrakte Heuristiken, die Lösungsskizze ist jedoch ein konkretes Hilfsmittel zur Niederschrift beruhend auf Selektion, Konkretisierung und Anpassung.
- In der Lösungsskizze werden inhaltliche, strukturelle, formale wie formelle Elemente aufeinander abgestimmt. Dabei gilt: Es gibt keinen Inhalt ohne Form und daher sind alle Fragen des Textaufbaus im Wesentlichen inhaltliche Fragen.⁵⁷⁵

⁵⁷³ Vier bis sechs Seiten lassen sich nämlich noch ohne Weiteres auf einem Arbeitstisch ausbreiten und überblicken.

⁵⁷⁴ Hierauf hat mit Ann E. Berthoff gebracht: »The most important benefit is learning to make revision not a stage but a dimension of composing.«; Berthoff, *Dialectical Notebooks and the Audit of Meaning*, in: Fulwiler, (Hrsg.), *The Journal Book*, 1987, S. 11 (15).

⁵⁷⁵ Den Grundgedanken, »Keine Inhalt ohne Form«, habe ich von Ben Shan; vgl. Shahn, *The Shape of Content*, 1972, S.53. Auf den Umstand, dass Aufbau Probleme eigentlich sachliche Probleme sind, weist uns Gunther Arzt hin; vgl. Arzt, *Die Strafrechtsklausur*, 7. Aufl. (2006), S. 177.

- Die fertige Lösungsskizze kann zur Antizipation und Planung der Niederschrift verwendet werden. Man gehe sie dazu noch einmal durch und simuliere in Gedanken die Niederschrift. Man kennzeichne die wichtigsten Punkte und halte sich dabei Zeitziele am linken Rand fest.

Darauf kommt es an: Urteilskraft

Gute Rechtsanwendung lässt sich meiner Ansicht nach auf eine Eigenschaft des Rechtsanwenders zurückführen, und zwar seine Urteilskraft. Doch obwohl ich sie für *die* essenzielle Eigenschaft *guter* Rechtsanwender schlechthin halte, taucht der Begriff »Urteilskraft« lediglich zweimal flüchtig in meiner Struktur auf, und zwar im Abschnitt

>Herstellung der rechtlichen Lösung >Rechtssatz suchen, finden und benennen.

Dort habe ich, bevor ich mich eingehend mit der Urteilskraft befasste, lediglich den pauschalen Hinweis aufgenommen, dass Urteilskraft praktisch angewendet werde, um den einschlägigen Rechtssatz zu finden. Die Anwendung der Urteilskraft ermögliche folglich ein ungefähres Zuordnen des Falles zu in Betracht kommenden Normen.⁵⁷⁶ Freilich kann diese »Einsatzmöglichkeit« der Urteilskraft nicht einmal ansatzweise deren überragende Bedeutung erklären. Zudem wird nicht ersichtlich, *was* die Urteilskraft ausmacht. Die Inhalte der Liste beinhalten mithin keine Erläuterung der Urteilskraft. Desweiteren lässt sich aus der Liste kein Konzept zu ihrer Erklärung ableiten. Sie lässt sich schließlich weder mit einzelnen Inhalten der Liste, noch mit der Gesamtheit der Inhalte erklären. Die Urteilskraft bleibt im Verborgenen, im Hintergrund.

Das Nachdenken über die Urteilskraft ist somit ein Nachdenken über die Liste hinaus. Durch dieses Nachdenken gelangte ich zu einem persönlichen Erklärungsmodell der Urteilskraft, welches ich Ihnen im Folgenden kurz darlegen möchte. Wie auch schon an anderer Stelle, handelt es sich bei meinen Ausführungen nicht um eine kognitionswissenschaftliche Analyse, sondern lediglich um mein Verständnis einer höchst komplizierten Eigenschaft unseres Geistes. Meine Erklärung soll Sie bestenfalls zu einer vertieften Auseinandersetzung mit Ihrer Urteilskraft sowie zur weiteren Reflexion über Ihr professionelles Wirken anregen. Denn im Hinblick auf das gängige professionelle Selbstverständnis von

⁵⁷⁶ Die Inhalte meiner Struktur basieren an der angesprochenen Stelle auf Ausführungen von Reinhold Zippelius zum Auffinden der jeweils einschlägigen Norm; vgl. Zippelius, Juristische Methodenlehre, 10. Aufl. (2006), S. 89 oder in der Neuauflage: Zippelius, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl. (2012), S. 71.

Juristen wird die Urteilskraft häufig mystifiziert und zu einer Gabe oder einer Befähigung verklärt. Man könne sie im Zuge praktischer Übung erwerben,⁵⁷⁷ nicht jedoch aktiv ausbilden. So gesehen ist sie ein individuelles Nebenprodukt der steten Ein- und Ausübung praktischer Rechtsanwendung und nicht eine ihrer Voraussetzungen. Das macht freilich Sinn, wenn wir Rechtsanwendung ausschließlich als die Anwendung eines objektiven Verfahrens begreifen. Denn dann darf ihr Ergebnis nicht von Eigenschaften des einzelnen Anwenders abhängen. Begreifen wir sie jedoch (auch) als eine subjektive Erfahrung, ist die Frage, welche persönlichen Eigenschaften uns eine erfolgreiche Auseinandersetzung mit der Situation der Rechtsanwendung ermöglichen, von großer Bedeutung.

Emergenz

Unsere Urteilskraft ist eine Stärke, ein Vermögen und sie befähigt uns dazu, uns eine differenzierte Meinung zu bilden und diese auch begründen zu können. Wir wissen *was* gut, was schlecht, was richtig, was falsch, was angemessen und was unangemessen. Ferner wissen wir auch, *warum* dem so ist.⁵⁷⁸ Durch die Urteilskraft können wir Situationen einschätzen und bewerten sowie Vorschläge dazu machen, was in Zukunft geschehen sollte, denn sie ermöglicht uns die bewusste und willensgesteuerte Artikulation, Elaboration, Kombination und Evaluation unserer Gedanken. Darüber hinaus ist sie auch dafür maßgeblich, *wie gut* uns dies gelingt. Sehr stark vereinfacht lässt sich die Urteilskraft auf daher folgende Relation herunterbrechen: Je stärker unsere Urteilskraft ist, desto besser sind unsere Entscheidungen, Beurteilungen und Einschätzungen.

In diesem Zusammenhang wird auch deutlich, wann die Urteilskraft nicht gebraucht wird. Immer dann, wenn auf eine Fragen nur *eine* bestimmte Antwort gegeben werden kann, wenn keine Zusammenhänge

⁵⁷⁷ Vgl. Zippelius, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl. (2012), S. 73 f.

⁵⁷⁸ Die Urteilskraft geht somit über das eigene Qualitätsempfinden weit hinaus. Dieses vermittelt uns lediglich eine persönliche Vorstellung davon, *was* gut ist.

beachtet und keine Werte in Einklang gebracht werden müssen, lässt sich auf eine starke Urteilskraft verzichten.⁵⁷⁹

Meiner Ansicht nach entsteht unsere Urteilskraft durch das Zusammenwirken unseres gesamten kognitiven Repertoires.⁵⁸⁰ Dabei sind die Wechselbeziehungen zwischen den einzelnen Komponenten dieses Repertoires entscheidend, da sie es sind, die schließlich die Urteilskraft ausbilden. So gesehen ist die Urteilskraft ein emergentes Phänomen: Die Wechselbeziehungen zwischen den Einzelkomponenten des kognitiven Repertoires führen zu einer neuen Eigenschaft, die keine der Einzelkomponenten selbst besitzt oder allein ausbilden kann, und die schließlich auf die Einzelkomponenten zurückwirken kann.⁵⁸¹

Das mag zunächst etwas kryptisch erscheinen, doch lässt dieses Verständnis von Emergenz meiner Ansicht nach sehr plausibel nachvollziehen, wie Urteilskraft entsteht. Nachfolgend will ich über die Elemente des kognitiven Repertoires und die daraus resultierenden Wechselbeziehungen spekulieren. Dabei ist zu beachten, dass die nachfolgend erörterten Fähigkeiten und Mechanismen von mir willkürlich, nach Plausibili-

⁵⁷⁹ Heinz von Foerster spricht in diesem Zusammenhang von »illegitimen Fragen«. Dabei handelt es sich um Fragen, deren Antworten (zumindest irgendwem) bekannt sind. Legitime Fragen sind ihm zufolge solche, deren Antworten allgemein unbekannt sind. Diese Unterscheidung erinnert mich stark an die Differenzierung zwischen »wicked problems« und »tame problems« von Rittel und Weber. Der Punkt ist, dass wir Urteilskraft brauchen, um eine legitime Frage beantworten und ein »wicked Problem« lösen zu können. Siehe von Foerster, *Wissen und Gewissen*, 1993, S. 208 und Rittel/Webber, *Policy Sciences*, No. 4 (1973), 155 (161 ff.). Vgl. hier im Text zu den sog. prekären Problemen S. 118 f.

⁵⁸⁰ Die Idee zum kognitiven Repertoire habe ich bei der Lektüre von Klein, *Sources of Power*, 1999. Dort führt Klein zu seiner Erklärung der menschlichen Entscheidungsfindung auf S. 288 unter anderem folgende Bestandteile der sog. »sources of power« auf: intuition (pattern recognition, having the big picture, achieving situation awareness); mental simulations (seeing the future and past); using leverage points to solve ill-defined problems; seeing the invisible (perceptual discriminations and expectancies); storytelling; analogical and metaphorical reasoning; reading People's mind (communicating intent); rational analysis; team mind (drawing on the experience base of the team).

⁵⁸¹ Mitchell, *Komplexitäten*, 2008, S. 47: »Emergenz bedeutet [...], dass die Wechselbeziehungen zwischen den Einzelteilen zu neuen Eigenschaften führen können, die keines der Einzelbestandteile besitzt, und dass diese Eigenschaften höherer Ordnung ihrerseits kausal wirksam werden können.«

tätserwägungen zusammengestellt worden sind. Sie sind nicht trennscharf voneinander abzugrenzen, sondern eher eng verwoben, komplex und teilweise deckungsgleich. Darüber hinaus ist die Aufzählung lediglich fragmentarisch.

Wissen und Erfahrung

Die fundamentale Grundlage der Urteilskraft ist unser Wissen,⁵⁸² sowohl in expliziter als auch impliziter Form. Explizites Wissen umfasst jene Inhalte, die wir ohne Weiteres artikulieren können, so zum Beispiel die Definition des Tatbestandsmerkmals der Wegnahme im Sinne von § 242 Abs. 1 StGB, die Methode der teleologischen Auslegung oder die aktuelle Rechtsprechung zur Auslegung der europäischen Bananenmarktordnung. Das implizite Wissen kann demgegenüber nicht ohne Weiteres oder sogar gar nicht artikuliert werden. In diesem Zusammenhang legte Michael Polanyi dar, dass wir wesentlich mehr wissen, als wir sagen können.⁵⁸³ Hierzu verwendet er das treffende Beispiel der Gesichtserkennung.⁵⁸⁴ Wir können eine große Anzahl verschiedener Gesichter mit hoher Geschwindigkeit und großer Treffsicherheit zuordnen und erkennen Menschen auch noch nach Jahren wieder, selbst wenn sie sich im Laufe der Zeit stark verändert haben. Dennoch können wir nur sehr eingeschränkt beschreiben, *wie* ein Gesicht aussieht. Versuchen Sie etwa das Gesicht Ihrer Mutter oder Ihres Vater zu beschreiben, werden Sie schnell merken, dass manche Dinge sich nicht sagen lassen. Ein Umstand, welcher insbesondere die Aufnahme einer Personenbeschreibung im Ermittlungsverfahren vor besondere Anforderungen stellt.⁵⁸⁵

Neben dem Umstand, dass unser Wissen explizite und implizite Inhalte umfasst, halte ich noch eine weitere Differenzierung für ein besse-

⁵⁸² Diese Prämisse deckt sich mit der Grundvoraussetzung des gelungenen Transfers, nämlich einer großen und wohl-strukturierten Wissensbasis, vgl. hier S. 72 und 74.

⁵⁸³ Polanyi, *The Tacit Dimension*, reprint 2009 (1st ed., 1966), S. 4: »... we can know more than we can tell.«

⁵⁸⁴ Siehe Polanyi, *The Tacit Dimension*, reprint 2009 (1st ed., 1966), S. 4 f.

⁵⁸⁵ Vgl. hierzu Bender/Nack/Treuer, *Tatsachenfeststellung vor Gericht*, 3. Aufl. (2009), S. 305 ff.

res Verständnis der Urteilskraft für nützlich. So können wir die Inhalte des Wissens danach unterscheiden, ob wir sie in Verbindung mit einem bestimmten Kontext aufgenommen oder wir sie uns gewissermaßen abstrakt angeeignet haben. Es macht demnach für unsere Urteilskraft einen Unterschied, ob wir einen Inhalt lediglich *gelernt* oder ob wir ihn *erfahren* haben. Im Zusammenhang mit der Unterscheidung zwischen juristischer Ausbildung und der beruflichen Praxis haben ich bereits erörtert, dass in der »echten« Anwendungssituation ein Inhalt, wie etwa die Bedeutung der Strafzumessung im Rahmen eines realen Strafurteils, ganz anders in unsere Wissensstruktur einbettet wird, als es in einer entsprechenden Fallbesprechung im Rahmen der Arbeitsgemeinschaft für Referendare der Fall ist.⁵⁸⁶ Die Erfahrungen unterscheiden sich. Eine Erklärung der Erfahrung von Walter Benjamin bringt es auf den Punkt:

Erfahrung ist [...] unaufhebbar an die Einbettung von Erlebtem in erfahrene Geschichte und gelebte Tradition gebunden, sie entsteht in einer »Anverwandlung« des Erlebten mithilfe von in der Erinnerung verankerten, stabilen narrativen Mustern und im Lichte geschichtlich verbürgerter, vorgängiger Erfahrungshorizonte.⁵⁸⁷

Unser Erfahrungsschatz bietet die bedeutendsten Wissensinhalte, auf welche wir mit unserer Urteilskraft zugreifen. Die Urteilskraft erschöpft sich jedoch nicht bloß in dem Bestand unseres Wissens und unserer Erfahrung, denn all zu häufig kann man beobachten, dass jemand über sehr viel (Fach-) Wissen und/oder sehr viel Erfahrung verfügt und leider dennoch nicht dazu in der Lage ist, gute Entscheidungen zu treffen, verwertbare Einschätzung abzugeben oder angemessene Urteile zu fällen, sei es der Richter-Novize mit doppeltem Vollbefriedigend oder der Anwalt mit 25 Jahren Berufserfahrung.⁵⁸⁸ Daher ist für die Urteilskraft

⁵⁸⁶ Vgl. hier S. 227 ff.

⁵⁸⁷ Benjamin, Gesammelte Schriften, Band I, S. 609-611.

⁵⁸⁸ Immanuel Kant schreibt in diesem Zusammenhang: »Daß zwischen der Theorie und Praxis noch ein Mittelglied der Verknüpfung und des Überganges von der einen zu der anderen erfordert werde, die Theorie mag auch so vollständig sein wie sie will, fällt in die Augen; denn, zu dem Verstandesbegriffe, welcher die Regel enthält, muß ein Actus der Urteilskraft hinzukommen, wodurch der Praktiker unterscheidet, ob etwas der Fall der Regel sei oder nicht; und, da für die Urteilskraft nicht immer wiederum Regeln gegeben werden können, wonach sie sich in der Subsumtion zu richten habe (weil das ins Unendli-

auch von entscheidender Bedeutung, *wie* wir auf unser Wissen und unseren Erfahrungsschatz *zugreifen* können und *wie* diese Komponenten unsere Wahrnehmung und Interpretation *beeinflussen*. Dafür ist wiederum das Wechselspiel zwischen unserem Wissen und unserer Erfahrung mit einer Vielzahl von kognitiven Fähigkeiten und Mechanismen verantwortlich.

Intuition

Die Intuition wird im juristischen Kontext gerne auch als »Judiz« oder »Rechtsgefühl« bezeichnet und ist ein wesentliches Element unserer Urteilstkraft, denn sie ermöglicht es uns, Eindrücke und Gefühle zu gewinnen, welche die Hauptquelle für unsere expliziten Annahmen und reflektierten Entscheidungen sind.⁵⁸⁹ Sie beruht im Wesentlichen darauf, die wesentlichen Muster und Regelmäßigkeiten einer Situation zu erkennen, welche durch ihre Entwicklung und Dynamik hervorgebracht werden.⁵⁹⁰ Dazu konsultiert sie Erfahrungsschatz und Wissen, vollkommen unbewusst und ohne nennenswerten kognitiven Aufwand.⁵⁹¹ Die ersten, unwillkürlichen – also intuitiven – Deutungen unserer Wahrnehmung sind nicht auf Genauigkeit, sondern auf Geschwindigkeit ausgelegt und mit hin in besonderer Weise fehleranfällig.⁵⁹² Das gilt es zu berücksichtigen, wenn wir unsere ersten Eindrücke in einer Situation richtig einordnen wollen, zumal wir in der professionellen Rechtsanwendung nur höchst

che gehen würde), so kann es Theoretiker geben, die in ihrem Leben nie praktisch werden können, weil es ihnen an Urteilstkraft fehlt: z.B. Ärzte oder Rechtsgelehrte, die ihre Schule gut gemacht haben, die aber, wenn sie ein Consilium zu geben haben, nicht wissen, wie sie sich benehmen sollen.«; Kant, Schriften zur Anthropologie, Geschichtsphilosophie, Politik und Pädagogik I, 1964, S. 127.

⁵⁸⁹ Kahnemann, Thinking, Fast and Slow, 2011, S. 21 ff. Man beachte das Kahnemann in der angegeben Fundstelle nicht von Intuition schreibt, sondern von »system 1«. Hierunter versteht Kahnemann den Teil unseres kognitiven Apparates, der unbewusst und schnellstmöglichst operiert. System 1 ist nicht mit der Intuition, wie ich sie hier beschreibe gleichzusetzen, jedoch vergleichbar. Die Lektüre Kahnemanns ist allemal lohnend.

⁵⁹⁰ Klein, Sources of Power, 1999, S. 289 sowie 30.

⁵⁹¹ Vgl. Kahnemann, Thinking, a. a. O., S. 22.

⁵⁹² Vgl. Klein, a. a. O., S. 287.

selten darauf beschränkt sind, uns allein auf unser »Bauchgefühl« verlassen zu müssen.⁵⁹³ Praktische Rechtsanwendung erfordert es in der Regel sogar, die ersten Eindrücke und Empfindungen zurückzudrängen. Wer lediglich blind seiner Intuition folgt, läuft Gefahr, ausschließlich eigene *Vorurteile* zu bestätigen, anstelle sich angemessen, fachgerecht und verantwortungsbewusst mit der jeweiligen Situation auseinanderzusetzen. Desweiteren ist zu beachten, dass die Leistungsfähigkeit unserer Intuition direkt von der Quantität, der Qualität sowie der Organisation unseres Wissens und Erfahrungsschatzes abhängt.

Nichtsdestotrotz eröffnet uns unsere Intuition in aller Regel den ersten Zugang zu Situationen praktischer Rechtsanwendung und kann uns zumindest immer dann, wenn wir nicht weiter wissen, Anhaltspunkte dafür liefern, wie es weitergehen könnte. Ihre Schwächen können darüber hinaus von anderen Komponenten der Urteilskraft sowie von unserem bewusst rationalen Denken ausgeglichen werden.

Mentale Simulationen

Die Intuition verhilft uns dazu, innerhalb von Sekundenbruchteilen eine Ahnung von der Situation zu bekommen, mit welcher wir es zu tun haben. Allerdings bleibt es insbesondere in komplexen und vieldeutigen Situationen zunächst bei dieser bloßen Ahnung. Wir können die für uns erkennbaren Elemente der Situation nicht auf einmal in eine sinnvolle Beziehung setzen, können ihre Ursachen und Wirkungen nicht sofort bestimmen. Dieser Umstand führt schließlich auch dazu, dass wir auch nicht ohne weiteres den potentiellen Verlauf und eine angemessene Behandlung der Situation abschätzen können. Diesbezüglich steht uns jedoch mit der Fähigkeit, mentale Simulationen durchzuführen, ein weiterer kognitiver Prozess zur Verfügung⁵⁹⁴, den ich ebenfalls als Bestandteil und Ausprägung der Urteilskraft verstehe.

⁵⁹³ Wie es etwa Einsatzkräfte der Feuerwehr, Soldaten im Kampfeinsatz oder Mannschaftssportler in der Wettkampfsituation sind. Das Entscheidungsverhalten dieser Gruppen hat Gary Klein in *Klein, Sources of Power*, 1999, eingehend untersucht.

⁵⁹⁴ Vgl. hierzu *Klein*, a. a. O., S. 89. ff.

In der mentalen Simulation, variieren wir erste Interpretationen und Prognosen, die wir unter Rückgriff auf unser Wissen, unsere Erfahrung sowie unsere Intuition gewonnen haben. Dabei können wir vergangene Geschehensabläufe, zukünftige Entwicklungen, Zusammenhänge sowie Erklärungsmuster simulieren. Die Variation wird dabei so lange durchgeführt bis wir eine Interpretation und/oder Bewertung der Situation erhalten, welche uns im Hinblick auf unser Vorverständnis und die bisherigen Erkenntnisse angemessen erscheint.⁵⁹⁵ Dieser kognitive Vorgang kann sowohl bewusst als auch unbewusst erfolgen, wie wir im Zusammenhang mit dem Dialog mit der Situation bereits gesehen haben.⁵⁹⁶

Die Fähigkeit zur mentalen Simulation ist, wie auch die Intuition, stark von unserem Wissen und Erfahrungsschatz abhängig. Je größer unser Wissen ist, je besser es strukturiert ist, je mehr Erfahrungen wir gesammelt haben, desto variabler werden auch die mentalen Simulationen ausfallen.⁵⁹⁷

Analogien, Metaphern und Parabeln

Mit der Intuition und der Fähigkeit mentale Simulationen durchzuführen ist die Fähigkeit, in Analogien, Metaphern und Parabeln zu denken, sehr eng verknüpft.⁵⁹⁸ Während Analogien und Metaphern regelmäßig auf den von der Intuition gefilterten Muster aufbauen, ist die Generierung von Parabeln eine besondere Ausprägung der mentalen Simulation.⁵⁹⁹

⁵⁹⁵ Vgl. Vgl. Schön, *The Reflective Practitioner*, 1983, S. 151 f., dort zur Beendigung des Gedankenexperiments im Dialog mit der Situation: »Why does he stop here? Because he has produced changes he has found satisfactory, has made of unintended outcomes something that he likes, and has produced an unintended artifact which creates a new whole idea.«

⁵⁹⁶ Vgl. hier im Text S. 136

⁵⁹⁷ Mentale Simulationen sind mithin auch eine Erscheinungsform des Transfers. Vgl. hier im Text die Ausführungen zum Transfer, S. 69 ff.

⁵⁹⁸ Klein, *Sources of Power*, 1999, S. 289. Zur Analogie als transformativer Kontext siehe Favre-Bulle, *Information und Zusammenhang*, 2001, S. 160 ff. Zum Denken in Analogien und Metaphern: Schön, a. a. O., S. 185 f.

⁵⁹⁹ Klein, a. a. O., S. 289.

Die Fähigkeit, Analogien, Metaphern und Parabeln zu erzeugen, erlaubt uns, eine Situation in eine andere, in irgendeiner Weise ähnliche oder verwandte Bedeutung zu *übersetzen* und auf diese Weise Schlüsse zu ziehen, welche uns ohne die Übersetzung nicht möglich gewesen wären.⁶⁰⁰ Es handelt sich mithin um die Grundform der intellektuellen Fähigkeit zum Transfer, die wir bereits an anderer Stelle erörtert haben.⁶⁰¹ Gleich ob Analogie, Metapher oder Parabel, diese Übersetzungen der Situation lassen uns die jeweilige Situation als eine andere wahrnehmen. Hierbei handelt es sich um einen Aspekt unsere kognitiven Fähigkeiten, welchen Donald S. Schön als »seeing-as« bezeichnete:

When a practitioner makes sense of a situation he perceives to be unique, he sees it as something already present in his repertoire. To see this [situation] as that one is not to subsume the first under a familiar category or rule. It is, rather, to see the unfamiliar situation as both similar to and different from the familiar one, without at first being able to say similar or different with respect to what. The familiar situation functions as a precedent, or a metaphor [...] an exemplar for the unfamiliar one.

Seeing this situation as that one, a practitioner may also do in this situation as in that one. When a beginning physics student sees a pendulum problem as a familiar inclined-plane problem, he can set up the new problem and solve it, using procedures both similar to and different from those he has used before. Just as he sees the new problem as a variation on the old one, so his new problem-solving behavior is a variation on the old. Just as he is unable at first to articulate the relevant similarities and differences of the problems, so he is unable at first to articulate the similarities and differences of his problem-solving procedures. Indeed, the whole process of seeing-as and doing-as may proceed without conscious articulation.⁶⁰²

⁶⁰⁰ Vgl. Schön, *The Reflective Practitioner*, 1983, S. 185.

⁶⁰¹ Vgl. S. 69 ff.

⁶⁰² Schön, *Educating the Reflective Practitioner*, (1987), S. 67. Meine Übersetzung lautet: »Wenn ein Praktiker einer Situation einen Sinn gibt, welche er als einzigartig wahrnimmt, sieht er sie als etwas schon in seinem Repertoire Präsentes. Eine [Situation] als eine andere zu sehen bedeutet nicht, die erste unter eine bekannte Kategorie oder Regel zu subsumieren. Vielmehr wird die unbekannte Situation angesichts der vertrauten Situation sowohl als ähnlich als auch als andersartig wahrgenommen, ohne dass zunächst Ähnlichkeiten oder Unterschiede artikuliert werden könnten. Die bekannte Situation fungiert als eine Art Präzedenzfall, Metapher oder [...] Beispiel für die unbekannte Situation. Eine Situation als eine andere zu sehen, lässt den Praktiker unter Umständen auch die eine Situ-

Rechtsanwendern ist der von Schön beschriebene Prozess auf besondere Art und Weise vertraut, denn Fallkategorisierung und Fallvergleich sind juristische Denkstrategien, welche helfen unser Fachwissen zu strukturieren. Wir versuchen stets, den uns beschäftigenden Fall sowohl mit einem bekannten Fall zu vergleichen als auch seine Einzigartigkeit herauszuarbeiten. Ersteres – denke ich – führt dazu, dass Studenten zu Beginn der juristischen Ausbildung dazu neigen, »am Fall vorbeizuschreiben«. Sie haben noch keinen Blick für das Einzigartige, denn Ihr Fallrepertoire ist noch nicht groß genug. Sie achten daher nur auf Gemeinsamkeiten. Doch mit wachsendem Fallwissen und zunehmender Erfahrung in der Fallbehandlung verbessert sich der Blick für feine Unterschiede *und* Gemeinsamkeiten und somit auch Ihre Fähigkeit, in Analogien, Metaphern und Parabeln zu denken.

Extensive Aufmerksamkeit

Die Urteilskraft ermöglicht uns die bewusste Artikulation, Elaboration, Kombination sowie Evaluation unser Gedanken. Ihre Leistungsfähigkeit ist daher auch davon abhängig, wie unsere Aufmerksamkeit beschaffen ist. Denn der Umfang unserer Aufmerksamkeit ist begrenzt. Hierzu schrieb William James Folgendes:

The number of things we may attend to is altogether indefinite, depending on the power of the individual intellect, on the form of the apprehension, and on what the things are. When apprehended conceptually as a connected system,

ation so behandeln wie die andere. Sieht etwa ein Physikstudent zu Beginn seines Studiums eine Pendel-Problem als das ihm bekannte Schiefe-Ebenen-Problem, kann er darauf aufbauend ein neues Problem entwickeln und lösen, wobei er Vorgehensweisen anwendet, welche denen, die er in der früheren Situation angewendet hat, sowohl ähneln als sich auch von ihnen unterscheiden. Just in dem Moment, in dem er das neue Problem als eine Variation des alten Problems wahrnimmt, wird auch seine neue Herangehensweise eine Variation der Vorangegangenen. Genau wie er im ersten Moment die relevanten Ähnlichkeiten und Unterschiede der Probleme nicht artikulieren kann, ist er auch nicht dazu in der Lage, augenblicklich die Ähnlichkeiten und Unterschiede der Problemlösungsansätze zu benennen. Tatsächlich kann der gesamte Prozess des ›seeing-as‹ und ›doing-as‹ ganz ohne bewusste Artikulation vonstattengehen.«

their number may be very large. But however numerous the things, they can only be known in a single pulse of consciousness for which they form one complex »object« [...], so that properly speaking there is before the mind at no time a plurality of ideas, properly so called.⁶⁰³

James zufolge ist die Extension unserer Aufmerksamkeit demnach dadurch beschränkt, was wir zu *einer* Idee, *einer* Vorstellung oder *einem* Gedanken zusammenfassen können. Wir können mithin bewusst nur das verarbeiten, was wir als eine Idee oder Vorstellung artikulieren können. Denn laut James haben wir in unserer Aufmerksamkeit zu einem gegebenen Zeitpunkt nur Platz für einen Gedanken:

Every one knows what attention is. It is the taking possession by the mind, in clear and vivid form, of one out of what seem several simultaneously possible objects or trains of thought. Focalization, concentration, of consciousness are of its essence. It implies withdrawal from some things in order to deal effectively with others, and is a condition which has a real opposite in the confused, dazed, scatterbrained state which in French is called *distraktion*, and *Zerstreuung* in German.⁶⁰⁴

Die Kombination aus einem großen sowie wohl strukturierten Wissens- und Erfahrungsbestand mit einer geschulten Fähigkeit der mentalen Simulation und der routinierten Fähigkeit in Analogien, Metaphern

⁶⁰³ James, *The Principles of Psychology* Vol. 1, 1890, S. 405. Meine Übersetzung lautet: »Die Anzahl der Dinge, die wir beachten könnten, ist alles in allem unbegrenzt, jedoch abhängig von der Stärke des individuellen Intellektes, der Ausprägung der Auffassungsgabe und danach, um was für Dinge es sich handelt. Wenn wir sie in ein konzeptionelles Verständnis von einem verbundenen System einbetten können, kann ihrer Anzahl sehr groß sein. Doch gleich wie groß ihre Anzahl sein mag, sie können immer nur für diesen kurzen Impuls unseres Bewusstseins bekannt sein, in welchem sie das eine »Objekt« bilden [...], so dass genaugenommen zu keinem Zeitpunkt eine Vielzahl an Ideen in unserem Sinn haben, sondern genaugenommen immer nur deren eine.«

⁶⁰⁴ James, a. a. O., S. 403 f. Meine Übersetzung lautet: »Ein jeder weiß, was Aufmerksamkeit ist. Sie ist das Besitzergreifen durch den Verstand, in einer klaren und lebhaften Form, von dem Einem aus dem, was wie mehrere gleichzeitig mögliche Objekte oder Gedankengänge scheint. Verdichtung, Konzentration des Bewusstseins sind das Wesentliche. Sie umfasst das Zurückziehen von einigen Dingen, um mit den anderen wirkungsvoll umgehen zu können, und ist ein Zustand, welcher einen echten Gegensatz in dem der Verwirrung, Benommenheit und Flatterhaftigkeit findet, der im Französischen *distraktion* und im Deutschen *Zerstreuung* heißt.«

und Parabeln zu Denken, erlaubt uns, viele kleine Sinneinheiten zu einem umfassenden Gedanken zusammenzufassen. In der Folge vergrößert sich so die Extension unserer Aufmerksamkeit. Eine solche extensive Aufmerksamkeit ist daher sowohl Bestandteil als auch Folge einer starken Urteilskraft.

Ein Beispiel mag dies verdeutlichen. Stellen wir uns eine Fallbearbeitung vor, in der es um eine Werklohnforderung geht. Der Unternehmer will »sein« Geld, der Besteller behauptet hingegen, er habe das Gewerk nicht abgenommen, sondern vielmehr Mängelrechte geltend gemacht. Ein Prüfungskandidat soll diesen Sachverhalt rechtlich prüfen. Er hat sich im Rahmen seiner Prüfungsvorbereitung mit dem Werkvertragsrecht vertraut gemacht, und daher zumindest eine Ahnung, welche Vorschriften in Betracht kommen und wie die rechtliche Prüfung ungefähr verlaufen könnte. Er hat viele kleine und große Ideen und Vorstellungen von Vertragsgegenstand, Pflichten der Parteien, von Abnahme, von Werkmängeln etc. Allerdings ist unser Prüfungskandidat (noch) nicht dazu in der Lage diese Ideen, Vorstellung und Gedanken ohne Weiteres zusammenzufassen und gleichzeitig mit dem Lebenssachverhalt zu verknüpfen. Er wird sich etwa im Verlauf seiner rechtlichen Prüfung die Definition der Abnahme ins Bewusstsein rufen müssen, sie unter Umständen sogar artikulieren (»Abnahme ist die körperliche Entgegennahme des Werks unter Anerkennung als vertragsgemäße Leistung«) und sich peinlich genau versichern, dass ihre Voraussetzungen tatsächlich vorliegen. Weil die Extension seiner Aufmerksamkeit nicht besonders groß ist, wird er einen wesentlichen Teil seiner kognitiven Ressourcen daraufhin verwenden müssen, die Vielzahl seiner Ideen immer wieder auf's Neue zu denken, sie abzugleichen und schließlich herauszufinden, welche Ideen im Einzelfall nun tatsächlich einschlägig sind.

Ganz anders ergeht es dem vorsitzenden Richter einer Baukammer in einer vergleichbaren Fallprüfung. Seine Wissensstrukturen und kognitiven Fähigkeiten lassen ihn die vielen kleinen Ideen zum Werkvertragsrecht zu einer großen, umfassenden Idee zusammenfassen und ohne Weiteres mit dem Lebenssachverhalt verbinden. Sofern ihn seine unbewussten mentalen Prozesse nicht dazu veranlassen, wird er sich nicht mehr bewusst mit Detailfragen wie den Voraussetzungen der Abnahme auseinandersetzen. Unter Umständen wird er im Rahmen der rechtli-

chen Prüfung nicht einmal mehr einen Gedanken zu den Voraussetzungen der Abnahme artikulieren. Er wird beispielsweise nur denken: »Die Werklohnforderung besteht hier zwar, doch sehr wahrscheinlich nicht in der geltend gemachten Höhe; schau nochmal, was der Beklagte hierzu ausgeführt hat. Wie war das nochmal mit der Absprache zur Dachpappe?« Die Extension seiner Aufmerksamkeit ist mithin wesentlich größer, als die des Prüfungskandidaten. In der Folge wird seine rechtliche Prüfung wesentlich schneller erfolgen, differenzierter ausfallen und ihn dabei deutlich weniger kognitiven Aufwand kosten.

Adaptives Auffassungsvermögen

Eine starke Urteilskraft umfasst neben einer gesteigerten extensiven Aufmerksamkeit zudem noch ein adaptives Auffassungsvermögen. Während die Aufmerksamkeit mit der konzentrierten Deutung des Wahrgenommenen befasst ist, ist das Auffassungsvermögen auf die Wahrnehmung des zu Deutenden ausgerichtet. Bei einem adaptiven Auffassungsvermögen ist es nun die Wahrnehmung selbst, die sich an das übrige kognitive Repertoire anpasst.⁶⁰⁵ Ein Beispiel ist der Linienrichter im Profi-Fußball, dessen Wahrnehmung derart austrainiert ist, dass er sowohl das Zuspiel des Passgebers als auch die Position des Passempfängers und der Abwehrspieler wahrnehmen und beurteilen kann. Dies ist ihm auch dann möglich, wenn der Passgeber fast die gesamte Spielfeldlänge mit seinem Pass überbrückt. Innerhalb eines Augenblicks vermag der Linienrichter die Situation räumlich und sachlich zu erfassen, wohingegen ein Laie sehr wahrscheinlich entweder nur den Pass, nur den Angreifer oder nur die Abwehrspieler sehen würde. Der Laie an der Seitenlinie kann die in Hochgeschwindigkeit ablaufende Angriffssituation mithin nicht vollständig erfassen. Eine adäquate Entscheidung über eine Abseitsposition ist nahezu ausgeschlossen.

Für uns Rechtsanwender äußert sich ein adaptives Auffassungsvermögen zum Beispiel dann, wenn wir fachspezifisch lesen. Als Heranwachsende lernen wir zunächst, Buchstaben zu identifizieren, Buchstabenkombination als Wörtern zu erfassen und Wortkombinationen als

⁶⁰⁵ Vlg. Klein, *Sources of Power*, 1999, S. 146 ff. sowie S. 287.

Sinneinheiten zu verstehen. Je mehr wir Lesen, desto leichter fällt es uns. Die Buchstaben, Wörter und Sätze verschwinden. Wir sehen durch sie *hindurch*.⁶⁰⁶ Was bleibt ist die Bedeutung. Wer ein Jurastudium aufnimmt, erlebt dann, wie er wieder auf die Ebene der Wörter und Sätze zurückkehren muss. Juristen sollen nämlich nicht mehr nur *eine* Bedeutung sehen, sondern simultan mehrere in Betracht kommende. Das erfordert zunächst bewusste Aufmerksamkeit und Nachdenken. Lesen Sie etwa nachfolgenden Satz, und achten sie auf sein Akkusativobjekt: »Wer in seinen Rechten dadurch verletzt wird, dass ein anderer eine Firma unbefugt gebraucht, kann von diesem die Unterlassung des Gebrauchs der Firma verlangen.« Je nach dem wie vertraut Sie mit dem Handelsrecht und § 37 Abs. 2 Handelsgesetzbuch (HGB) sind, werden Sie *mehr oder weniger* über den »Gebrauch einer Firma« nachgedacht haben, denn das professionellen Lesen fällt uns mit zunehmender Übung immer leichter. Während ein juristischer Laie wohl Schwierigkeiten mit der Vorstellung vom Gebrauch einer Firma haben dürfte, sieht – treffender: perzipiert – ein Handelsrichter die juristische Bedeutung dieser gesetzlichen Vorschrift ohne nachzudenken. Er muss sein Auffassungsvermögen mithin nicht mehr bewusst ausrichten. Es hat sich vielmehr an die Situation des fachspezifischen Lesens angepasst.

Das juristische Lesen ist mithin ein gutes Beispiel dafür, wie sich unser Auffassungsvermögen parallel zu unserem übrigen kognitiven Repertoire entwickelt. Wir sehen durch die Wörter und Sätze hindurch auf den juristischen Bedeutungsgehalt und schließlich wissen wir auch, *wo* wir hinschauen müssen, um die Situation angemessen, umfassend und so effizient wie möglich erfassen zu können. In diesem Zusammenhang möchte ich erneut auf die mir übertragene Anklageschrift im Zusammenhang mit der Serienbrandstiftung zurückkommen.⁶⁰⁷ Ich erinnere mich noch genau daran, wie mein Ausbilder auf die beiden großen Papierstapel der zweitausendseitigen Anklageschrift zeigte und sagte: »Nur keine Sorge, dass müssen Sie nicht alles im Detail lesen. Wir werden sehr wahrscheinlich nur einen Bruchteil der Taten anklagen können.« Er sagte dies ohne Sarkasmus, ohne böse Absicht. Er hatte sich jedoch auch

⁶⁰⁶ Schön, *Educating the Reflective Practitioner*, (1987), S. 76: »... just as practiced readers can see through the letters on a page to words and meanings.«

⁶⁰⁷ Vgl. hier S. 371 f.

keine Gedanken darüber gemacht, dass ich eine Ermittlungsakte nicht so lesen konnte, wie es ihm möglich war. Nach zehn-, wenn nicht gar hunderttausenden gelesenen Ermittlungsaktenseiten, kann er solche Akten *anders sehen*, als ein Rechtsreferendar. Losgelöst vom Sinninhalt der Akte, weiß er bereits (implizit), was wichtig sein könnte und wie das aussieht, was nicht wichtig ist. Er hat darüber hinaus eine recht genaue Vorstellungen davon, wo das stehen wird, was entscheidend ist. Sein Auffassungsvermögen ist an das gezielte Lesen von Sitzungsakten angepasst. Mit einem Blick sieht er *mehr* an juristischer Bedeutung, als ein Rechtsreferendar. Er hatte die Ermittlungsakten nicht nur schneller, sondern auch mit sehr viel weniger Mühe lesen können und dachte nun, mir ginge es genauso. Sie können sich vorstellen, dass es mir freilich ganz anders erging. Ich habe tatsächlich fast alle 2.000 Seiten der Akte lesen müssen und hatte bei den Protokollen der Telekommunikationsüberwachung große Mühe, im Modus Operandi des professionellen Lesens zu bleiben (»Ey, lass ma Stadt fahren!«). Bemerkenswert war jedoch, dass ich letzten Endes zu dem Ergebnis kam, welches es mein Ausbilder ohne eine vertiefte rechtliche sowie tatsächliche Prüfung vorhergesagt hatte. Entscheidend ist, dass uns unser Auffassungsvermögen überhaupt erst ermöglicht, die Situation so wahrzunehmen, dass wir angemessen mit ihr umgehen können. Jemand der das Aktenlesen nicht beherrscht, könnte, ganz gleich wie umfangreich sein sonstiges juristisches Wissen wäre, unter keinen Umständen mit vertretbarem Aufwand ein Umfangsverfahren in Wirtschaftsstrafsachen bewältigen. Wie auch der Laien an der Seitenlinie des Fußballfeldes wäre dieser Rechtsanwender nicht dazu in der Lage, die Situation adäquat zu erfassen und zu beurteilen.

Das letzte Wort zu den Auswirkungen Wirkungen der Urteilkraft auf das Auffassungsvermögen soll Gary Klein haben:

Experts see the world differently. They see things the rest of us cannot. Often experts do not realize that the rest of us are unable to detect what seems obvious to them.⁶⁰⁸

⁶⁰⁸ Klein, *Sources of Power*, 1999, S. 147. Meine Übersetzung lautet: » Experten sehen die Welt auf andere Weise. Sie sehen Dinge, die der Rest von uns nicht sieht. Oftmals realisieren Experten gar nicht, dass die anderen nicht dazu in der Lage sind, dass zu erkennen, was für sie offensichtlich ist.«

Urteilskraft und Reflexion

Jede Behandlung eines sozialen Konfliktes ist für sich genommen einzigartig. Um dem gerecht werden zu können, müssen wir das, was wir wissen und können, auf den jeweiligen Einzelfall übertragen und eine Transfer- oder Anpassungsleistung erbringen.⁶⁰⁹ Dabei machen wir die Dinge immer etwas anders oder auf eine neue Art und Weise als zuvor. Dadurch überbrücken wir Informationslücken, sowohl ausgehend von unserem Wissen hin auf den Einzelfall als auch umgekehrt. Das kann *kompliziert*⁶¹⁰ werden, und wenn dem so ist, führen unsere unbewussten kognitiven Prozesse in aller Regel zu Empfindungen und Eindrücken von Überraschung oder Perplexität, wodurch wiederum unser bewusstes, aufmerksames Denken angeregt wird.⁶¹¹ In aller Regel äußert sich dieser Vorgang als »die Stimme in unserem Kopf«, welche wir manchmal aussprechen und vor uns hermurmeln. Sie kann sich aber auch in Form des Schreibdenkens oder des Entwurfs auf dem Papier beziehungsweise Bildschirm äußern.

Immer wenn es schwierig wird, ist es schließlich unsere Urteilskraft, die unser bewusstes, rationales und systematisches Denken aktiviert und steuert. Das erfolgt um so besser, je größer unser Wissen und unser Erfahrungsschatz sind, je differenzierter dieses Wissen strukturiert ist und je stärker unsere kognitiven Fähigkeiten und Mechanismen ausgeprägt sind. Der kognitive Aufwand sinkt, weil weniger Gedanken bewusst artikuliert, elaboriert und evaluiert werden müssen. Die Urteilskraft ist daher maßgeblich für die Gestalt unsere subjektive Erfahrung des besonderen Geschehens der praktischen Rechtsanwendung verantwortlich. Als *Kraft* ist sie dafür ausschlaggebend, wie schwierig, verwirrend, belastend, überfordernd, erhellend, befriedigend, lehrreich etc. wir die praktische Rechtsanwendung erleben und letztlich auch dafür, ob und wie es uns gelingt, eine *gute* Konfliktbehandlung durchzuführen.

⁶⁰⁹ Vgl. hier S. 70.

⁶¹⁰ Zur Kompliziertheit vgl. hier S. 156.

⁶¹¹ Dewey, *How we Think*, reprint 1997 (1st ed., 1910), S. 9; Schön, *The Reflective Practitioner*, 1983, S. 50; Kahnemann, *Thinking, Fast and Slow*, 2011, S. 21 ff., James, *The Principles of Psychology* Vol. 1, 1890, S. 405.

Aus diesem Grund ist für mich eine wohl ausgeprägte Urteilskraft die entscheidende Eigenschaft *guter* Rechtsanwender. Daher sollte sie auch nicht zu etwas Mystischem oder Unfassbarem verklärt werden, nur weil sie sich einer (rechts-) wissenschaftlichen Erklärung zu entziehen scheint. Vielmehr sollten wir – wie in diesem Abschnitt erfolgt – bewusst mit ihr auseinandersetzen. Denn man kann zwar annehmen, dass die Urteilskraft sich mit ausreichend Lerneinsatz, Falltraining und praktische Erfahrung einfach von allein ausbildet, sozusagen »en passant« oder »just by doing«. Doch sollten wir uns damit nicht zufrieden geben. Denn diese Sichtweise leidet an einer *eklatanten Schwäche*: Die Verantwortung für die Urteilskraft liegt hier nur *mittelbar* beim Rechtsanwender: Wer Recht anwendet, wird Urteilskraft ausbilden und braucht sich nicht um sie bemühen.

Wie ich bereits im Zusammenhang mit den Anmerkungen zur *guten* Rechtsanwendung und zu der juristischen Bildungskultur ausführte, vertrete ich eine andere Auffassung. Ich bin der Meinung, dass man *unmittelbar* für seine Urteilskraft verantwortlich ist. Man braucht nicht auf sie zu warten, sondern kann jeden Tag an ihr arbeiten. Man an den einzelnen Komponenten gezielt arbeiten. Wissen kann sinnvoll erlernt und mit Erfahrungen angereichert werden. Denk- und Wahrnehmungsmuster können antrainiert und sogar automatisiert werden. Wir können also die Urteilskraft *bewusst* aufbauen und stärken, und zwar durch bessere Bildung (nicht *Ausbildung*!) sowie schließlich durch eine reflexive Praxis. Unter Umständen ist dies sogar das größte Potenzial, das eine reflexive Praxis für Sie entfalten könnte. Denn hier geht es nicht um weniger, als die Essenz der guten Rechtsanwendung.

Abschluss und Auftakt

Die juristische Tätigkeit ist facettenreich und komplex. Man muss vieles wissen und einiges können, um soziale Konflikte angemessen zu vermeiden und/oder aufzulösen. *Gute* Rechtsanwendung setzt demnach voraus, viele kleine Dinge richtig zu machen⁶¹² – ich denke, Sie werden mir zustimmen. Entscheidend ist jedoch, dass hieraus auch ein Umkehrschluss gezogen werden kann. Dieser besagt, dass unsere Rechtsanwendung unter Umständen bereits dann *keine gute* Rechtsanwendung mehr sein kann, wenn wir *nur Kleinigkeiten nicht richtig* machen. Schon *eine* Kleinigkeit, wie etwa die mangelhafte Herstellung einer Referenznotiz, kann unter Umständen verheerende Auswirkungen haben, wenn man deswegen das außer Acht lässt, was dem Einzelfall die entscheidende, positive Richtung gegeben hätte. Es fällt nicht schwer, sich den einen Fall vorzustellen, in dem es bloß »Kleinigkeiten« waren, die zu einer Katastrophe für die von der Rechtsanwendung Betroffenen geführt haben. Mir ist es durchaus bewusst, wie plakativ es daherkommen mag, dennoch: Stellen Sie sich bitte fünf Lebensjahre vor, die Sie als Unschuldiger im Gefängnis verbringen müssen, stellen Sie sich bitte 15.000 € vor, die Sie ohne »wirklichen« Rechtsgrund zahlen müssen oder stellen Sie sich vor, es wäre Ihr Gewerbe, dass Sie aufgrund einer Untersagung dauerhaft nicht ausüben können oder Ihre Kinder, mit denen Sie den Umgang versagt bekämen.

In mir lösen derartige Vorstellungen Beklemmung aus und ich bin der Auffassung, dass wir alles Zumutbare unternehmen sollten, um die *beste* Rechtsanwendung zu praktizieren, die uns möglich ist. Daher war es auch folgende Hypothese, die mich dazu bewogen hat, diesen Text zu

⁶¹² Dieser Gedanke basiert auf dem Ausspruch »Success is a lot of little things done right!«, ein Allgemeinplatz aus dem amerikanischen Mannschaftssport.

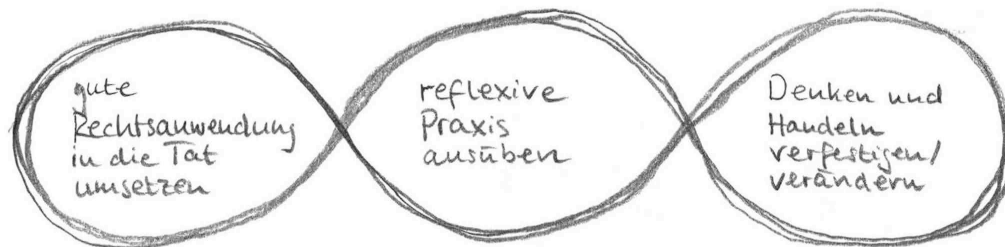
schreiben: Eine reflexive Praxis verhilft uns zu *besserer* Rechtsanwendung, ganz gleich wie *gut* wir als Rechtsanwender auch sein mögen.

Wäre diese Hypothese zutreffend, könnte man ohne Weiteres davon ausgehen, dass reflexive Praktiken auch die juristische Ausbildung signifikant verbessern würde. Sie würden sogar dazu beitragen, die Rechtspflege insgesamt zu fördern.

All das wäre wünschenswert und könnte ich hier den Nachweis tatsächlich erbringen, käme es einer Sensation gleich. Doch weiß ich, dass meine Hypothese selbst am Schluss dieses Textes eine Hypothese bleiben muss. Denn aufgrund des Umstandes, dass Reflexion eine subjektive, persönliche und autonome Übung ist, kann mein Text kein Nachweis oder Beleg sein. Er ist vielmehr nur ein Instrument, das Ihnen dazu dienen soll, Ihre eigenen Erkenntnisse zu generieren und schließlich für sich selbst herauszufinden, ob meine Annahmen, Sichtweisen und Vorschläge zutreffen oder nicht.

Dazu können Sie die von mir vorgeschlagene systematische reflexive Praxis ausprobieren, sie übernehmen oder anpassen. Doch viel mehr, als ich es mir erhoffen kann, ist schon dann erreicht, wenn Sie es sich zur Angewohnheit machen, regelmäßig und in Ruhe über sich und Ihr Wirken nachzudenken und sich dabei einige persönliche Notizen machen. Haben Sie eine Vorstellung davon, warum Sie tun, was sie tun und welchen Sinn Ihr Handeln haben soll? Was könnten Sie besser machen? Was wollen Sie besser machen? Allein eine solche reflexive Praxis wird Sie meiner Ansicht nach der *guten* Rechtsanwendung näher bringen.

Dieser Abschluss soll daher zugleich ein Auftakt sein, und zwar in *Ihre* (systematische) reflexive Praxis. Es liegt nun bei Ihnen, den Prozess reflexiver Progression aktiv fortzuführen und in die Endlosschleife der *guten* Rechtsanwendung einzusteigen. Dabei wünsche ich Ihnen viel Freude und Erfolg.



Appendix

Meine Liste

Wenn Sie einen Blick auf meine Liste werfen, werden Sie feststellen, dass Sie die Liste *nicht lesen können*. Präziser: Sie können sie nicht so lesen, wie Sie grundsätzlich einen Fließtext lesen, denn Voraussetzung dafür ist, dass das Geschriebene *zumindest auch* dazu bestimmt ist, von anderen gelesen zu werden. Meine Liste war jedoch nie dazu bestimmt, von anderen gelesen zu werden. Sie war einzig und allein dazu gedacht, meine Reflexion anzuregen und ihre vorübergehenden Ergebnisse zu fixieren. Mit dieser Liste wollte ich *niemandem* etwas zeigen, außer mir selbst. Entsprechend idiosynkratisch ist auch mein Umgang mit der Diskontinuität und Konzentration ihrer Einträge sowie der Interpretation ihrer freien Fläche. Die Liste ist demnach hauptsächlich mein *persönliches Arbeitsmittel*. Wollen Sie im Ansatz nachzuvollziehen, was meine Liste für mich abbildet, müssen Sie sich daher zunächst in *meine* Ausgangssituation hineinversetzen. Stellen Sie sich also vor, Sie seien ein Rechtsreferendar. Als ein solcher müssen Sie dazu in der Lage sein, in unterschiedlichsten Rechtsgebieten eine Vielzahl an Bearbeiterrollen einzunehmen. Ferner wird von ihnen erwartet, dass Sie in jedem Fall eine brauchbare praktische Lösung herstellen können. Versetzen Sie sich nun in die Modellsituation der Assessorexamensklausur und versuchen Sie den Verlauf dieses besonderen Geschehens nachzuvollziehen. Vergewöhnen Sie sich dieses Geschehen während Sie die Liste *von oben nach unten* und *von links nach rechts* durchgehen. Sofern Sie bereits zwei juristische Staatsexamina hinter sich haben, werden Sie keine Schwierigkeiten haben, sich hierzu die nachfolgenden, beispielhaft aufgeführten Elemente *lebhaft* vorzustellen:

- Die Übergabe der Klausurvorlage und das erste Durchblättern,
- das Notieren von spontanen Einfällen,
- das Lesen des Gesetzes,
- die Handhabe der Kommentare,
- die Erfahrung von Ratlosigkeit,
- das Gefühl, die Situation dann schließlich doch durchschaut zu haben,
- die schmerzende Schreibhand,

- die Ausformulierung der entscheidenden Argumentation, welche den Leser ihres Textes überzeugen soll
- etc.

Während Sie die Liste auf diese Weise durchgehen, können Sie sich fragen, ob Sie die Denkmuster, Handlungsanweisungen, Stichworte, Hintergrundinformationen, Exzerpte und sonstigen Inhalte an der jeweiligen Stelle für zutreffend halten. Untersuchen Sie die Verhältnisse der einzelnen Inhalte und Hierarchieebenen.

Versuchen Sie gleichzeitig einen Abgleich mit Ihren persönlichen Vorstellungen von einer Situation der Rechtsanwendung vorzunehmen und fragen sich, inwiefern Ihre konkrete juristische Tätigkeit eine Variation der einheitlichen Tätigkeit des Referendars sein könnte. Denken Sie über Gemeinsamkeiten und Unterschiede von Ihrer Tätigkeit und der des Referendars nach. Stellen Sie sich dazu vor, wie Sie erstmals ein Schreiben oder eine Akte in Hand nehmen, wie Sie sich während eines Mandantengesprächs Notizen machen, wie Sie sich langsam an die Situation heranfragen. Versuchen Sie sich vorzustellen, wie Sie am Schreibtisch sitzen, Marginalia in die Akte schreiben, zu einer aufgeworfenen Rechtsfrage in einer juristischen Online-Datenbank recherchieren, wie sie die Auslegung eines wesentlichen Normmerkmals hastig auf einem Schmierzettel entwerfen und wie sie schließlich an ihrem Computerbildschirm sitzen und ihren Entwurf be- sowie überarbeiten. Überlegen Sie, wie Sie Zeitknappheit und -druck erleben und mit diesen Phänomenen umgehen.

Die allgemeinen und besonderen Strukturmerkmale der Liste regeln, wie die einzelnen Elemente auf der Fläche des Papiers angeordnet werden und welche Bedeutung ihnen somit zukommen soll. Zusätzlich habe ich versucht, den Sinngehalt der jeweiligen Inhalte anhand der *typografischen Gestaltung* anzudeuten. So stehen folgende Schriftbilder für:

- **Umfassender Sinninhalt,**
 - Handlungsanweisungen/Sinnschritte,
 - Hintergrundinformationen/Leitlinien.

Ferner sind einige Inhalte mit einem vorangestellten *Alinea* »¶« gekennzeichnet. Vor der allgemeinen Verwendung der Absatztechnik war das Alinea das gängige Zeichen, um einen neuen Gedankengang innerhalb eines fortlaufenden Textes zu markieren, weshalb das Alinea umgangssprachlich auch als Absatzzeichen bezeichnet wird.¹ Von dieser ursprünglichen Bedeutung ausgehend, verwende ich es, um hervorzuheben, dass es sich bei dem gekennzeichneten Inhalt um ein *essenzielles Element der Rechtsanwendung* handelt. Ein solches Element umfasst einen neuen, zusammenhängenden Abschnitt im zeitlichen Idealverlauf der Rechtsanwendung. Man kann sich das wie eine Art Zäsur des Geschehens vorstellen. Das einfachste Beispiel liefert die höchste Ebene meiner Liste:

¶ Im Vorfeld der Rechtsanwendung

¶ Herstellung der rechtlichen Lösung

¶ Darstellung der rechtlichen Lösung

Desweiteren beinhaltet die Liste noch *Verweise*. So wird *innerhalb* der Liste nach ¶ oben und nach ¶ unten verwiesen. Auf diese Weise habe ich Zusammenhänge darstellen wollen, die sich der hierarchischen Darstellung der Liste entziehen. Ferner habe ich Verweise ¶ nach außen eingefügt. Diese Extern-Verweise repräsentieren für mich weitere relevante, jedoch in aller Regel fachfremde Inhalte.

In aller Deutlichkeit muss ich erneut darauf hinweisen, dass es sich bei der hier abgedruckten Liste um mein persönliches Reflexionsmedium handelt. Daraus folgt, dass die Liste nicht dazu dient, die gesamte einschlägige und aktuelle Literatur zu einem Punkt erschöpfend abzubilden und Inhalte nach rechtswissenschaftlichen Standards abzugleichen und ins Verhältnis zu setzen. Sie werden vielmehr feststellen, dass manche Inhalte auf willkürlich ausgewählten Textfragmenten beruhen. Der Grund hierfür liegt darin, dass ich während meiner reflexiven Praxis der

¹ Williams/Hildebrandt, *Schrift wirkt!*, 2013, S. 91.

pragmatischen Methode folgte. Inhalte die greifbar waren und funktionierten wurden aufgenommen – dass es wohlmöglich noch Besseres, Anerkannteres oder Ausführlicheres zu einem Punkt geben könne, spielte so gut wie keine Rolle für mich. Als persönliches Reflexionsmedium und Arbeitsmittel kann die Liste daher weder vollständig noch *objektiv* richtig sein.

Sie werden zudem schnell feststellen, dass nur wenige Inhalte der Liste von mir selbst stammen. Grob geschätzt würde ich davon ausgehen, dass etwa 95 % der Liste aus fremden Textfragmenten besteht oder zumindest auf ihnen beruht. Ist das ein Mangel? Ich denke nicht, denn ich glaube kaum, dass ein Rechtsreferendar die praktische Rechtsanwendung neu erfinden kann.

Als ich die Liste anfertigte, freute ich mich noch, dass mir das lästige Zitieren erspart blieb. Es machte richtig Spaß, hemmungslos abzuschreiben, ohne sich um Nachweise und Literaturverzeichnisse Gedanken machen zu müssen. Ursprünglich gab es in der Liste daher auch keinen einzigen Fundstellennachweis. Das führte jedoch dazu, dass ich für diese Arbeit sämtliche *Fundstellennachweise* nachträglich einpflegen musste. All das geschah mit einem zeitlichen Abstand von etwa zwei Jahren nach Erstellung der Liste, denn unmittelbar nach dem Assessorexamen hatte ich meine reflexive Praxis eingestellt, da ich aufgrund meiner Arbeit an diesem Text keine praktische Rechtsanwendung mehr betrieb. Daher stellte ich auch die Arbeit an meiner Liste ein. Sie ist daher weiterhin auf dem letzten Stand meiner persönlichen reflexiven Praxis ab. Mithin habe ich auch die *ursprünglichen* Fundstellen zitiert und davon abgesehen, die Literatur auf Neuerscheinungen durchzusehen und diese gegebenenfalls einzupflegen.

Bei der Rekonstruktion der Fundstellen habe ich versucht, so gewissenhaft wie möglich nachzuvollziehen und zu belegen, woher ein einzelner Gedanke stammt. Allerdings kam zu dem erheblichen zeitlichen Abstand der Umstand hinzu, dass ich meine Listen und die sich herausbildende Strukturen im Laufe der Zeit vielfach überarbeitet und umgeschrieben habe. Einzelne Inhalte wurde über die Zeit zusammengefügt, getrennt, entstellt, ergänzt und umgedeutet. Daher kann ich hier nicht gewährleisten, *alle* Nachweise *völlig korrekt* erbracht zu haben. Diesen Umstand vermag ich nicht zu ändern und muss ihn im Hinblick auf die

intellektuelle Redlichkeit meiner Arbeit offenlegen. Auch aufgrund dieser Überlegungen finden Sie neben den üblichen Zitierweisen von Paraphrase und wörtlichem Zitat mit den [*eckigen Klammern*] eine weitere Kennzeichnung fremder Gedanken. Hiermit möchte ich zum Ausdruck bringen, dass es sich bei dem so gekennzeichneten Inhalt um ein »zusammengeschriebenes« Element handelt, dass heißt, dass Inhalte teilweise wörtlich übernommen *und* teilweise leicht angepasst worden sind; hätte ich hier sämtliche Auslassungen oder Einfügungen wie üblich gekennzeichnet, wäre die Liste vor lauter Fußnoten schlechthin unlesbar geworden.

Neben den Fundstellennachweisen enthalten die Fußnoten zudem noch *Anmerkungen und Kommentare* zu einzelnen Strukturelementen. Wann immer das Schriftbild der Fußnoten größeren Raum auf der Seite einnimmt, kann sich ein genauere Blick in die Anmerkungen lohnen. Sehr aufschlussreich kann darüber hinaus ein Blick auf den Seitenverlauf einzelner Gruppen von Fundstellen sein. Wenn Sie hier genauer hinschauen, können Sie nachvollziehen, wie ich das Gelesene aus dem Text herausgezogen und meinem Sinnverständnis nach angeordnet habe. So habe ich etwa im Listenabschnitt zu den Methoden der Lückenschließung die Fundstellen aus Engischs »Einführung in das juristische Denken« in folgende Reihenfolge gebracht:

- S. 256,
- 242 ff.,
- 239,
- 238,
- 242 ff.,
- 271 ff.,
- 248 f.,
- 249 und
- 251.

An diesen Stellen zeigen sich generative wie kreative Effekte des Umgangs mit der Liste besonders deutlich.

Zu guter Letzt sei noch darauf hingewiesen, dass die Liste keine einheitliche Orthografie beinhaltet. Als persönliches Arbeitsmittel ist vielmehr organisch gewachsen und umfasst Stichwörtern, halbe Sätze, (unvollständige) Aufzählungen, Symbole etc.

Inhaltsübersicht

Im Vorfeld der Rechtsanwendung -418

- Den Zweck der, die eigene Rolle in sowie die Adressaten der Rechtsanwendung vergegenwärtigen -418
- Rahmenbedingungen der Rechtsanwendung berücksichtigen - 434
- Unterscheidung Her- und Darstellung der rechtlichen Lösung - 436

Herstellung der rechtlichen Lösung. Die rechtliche Würdigung - 437

- Herantasten an den Sachverhalt - 437
- Vorbereitung der Entscheidungsgrundlage - 439
- Formalia bestimmen - 447
- Rechtssatz suchen, finden und benennen - 449
- Mögliche Bestandteile der Lösung benennen, ordnen, strukturieren und schließlich die Probleme kennzeichnen - 460
- Rechtliche Prüfung im engeren Sinne - 460
 - Auslegungslesen - 470
 - Auslegung - 475
 - Die Wahrung des Sachverhaltsbezugs – auch bekannt als Subsumtion - 501
 - Tatsachen feststellen. Beweise würdigen -504
 - Entscheidungen treffen, wenn eindeutige Rechtsfolgenanordnungen fehlen - 513
 - Arbeitswerkzeug, Hilfsmittel, Material, Quellen verwenden - 526
- Problemerkörterung und Argumentation - 532
- Prüfung der Lösung - 559
- Mit der rechtliche Lösung weiterdenken - 560

☞ Während der Herstellung der rechtlichen Lösung erstellt man gleichzeitig den »Fahrplan« für die Darstellung der rechtlichen Lösung ☞ - 562

Darstellung der rechtlichen Lösung. Die Niederschrift - 565

- Anforderungen der konkreten Bearbeitungsform bewusst machen und beachten - 565
- Actio/Entäußerung - 590

¶ Im Vorfeld der Rechtsanwendung

- ¶ Den Zweck der, die eigene Rolle in sowie die Adressaten der Rechtsanwendung vergegenwärtigen
 - Sinn und Zweck der Rechtsanwendung
 - Es kommt darauf an, den Einzelfall einer befriedigenden und nachhaltigen Lösung zuzuführen und nicht irgendwelche Prüfungsschemata einzuhalten.
 - Sinn und Zweck der praktischen Rechtsanwendung ist nicht die Vermittlung von Fachwissen (»Das weiß ich!«), sondern die Vermittlung eines fachlichen Sinnzusammenhangs mit konkretem Bezug zur jeweiligen Anwendungssituation (»Das sollten Sie in diesem Fall wissen!«).
 - [Nachlässigkeiten hinsichtlich der Formalien einer Bearbeitungsform sind, ebenso wie Zeitmangel, nicht zu entschuldigen.]² Die äußere Form der Darstellung einer rechtlichen Lösung sollte niemals negative Rückschlüsse auf ihren Inhalt provozieren.
 - Die eigene Rolle als Rechtsanwender vergegenwärtigen
 - Wer bin ich? Richter, Anwalt, Staatsanwalt, Behördenmitarbeiter?
 - Welche Aufgabe kommt mir zu? Welche Interessen vertrete ich? Bin ich (dienst-)vertraglich gebunden? Welche standesabhängigen Konventionen, welche Art von Standesrecht habe ich zu beachten?
 - Welche Art von Denkmodus ist für mich wesentlich?

² Klamser, JA 2013, 206 f.

- Konditional- und Zweckprogramme³
 - Die richterliche Denkweise ist zwar grundsätzlich das Leitmotiv der juristischen Arbeitsweise, jedoch muss insbesondere der Anwalt sich einem Rechtsproblem auf andere Art und Weise annähern. !Bewusst machen!
 - Konditionalprogramm
 - [Wenn eine bestimmte Information eintrifft, dann reagiert das System darauf durch eine vom Programm vorher bestimmte Entscheidung (Wenn/Dann).]⁴
 - [Kennzeichnend für dieses Programm ist eine relative Indifferenz gegenüber den Folgen, welche die Entscheidung (Output) in der Umwelt auslöst.]⁵
 - Zweckprogramm
 - [Dieses System wird angeregt durch die Folgen, die es verursachen will. Die Ziele die es gesetzt hat, steuern die Informationsverarbeitung. Das Zweckprogramm verschafft sich daher Informationen als Mittel zum Zweck.]⁶
 - Das Zweckprogramm hat seinen Schwerpunkt an der Output-Seite und interessiert sich gerade

³ Diese Begriffe, sowie die untergeordneten Inhalte habe ich von Christoph Teichmann übernommen; *Teichmann*, JuS 2001, 973 (974). Teichmann selbst zitiert hierzu wiederum Niklas Luhmann. Ich benötigte die Abgrenzung der Denkweisen, da man als Referendar sowohl in der Rolle des Anwalts als auch in der des Richters tätig werden muss. Dass diesen Tätigkeiten völlig unterschiedliche Motive, Interessen, Denk- und Arbeitsweisen zu Grunde liegen, wird m. E. in der Ausbildung nicht deutlich genug herausgestellt. Wie Sie sehen können, nehmen die Inhalte in meiner Liste viel Raum ein. Dies ist jedoch nicht der Wichtigkeit dieser Punkte geschuldet, sondern vielmehr dem Umstand, dass Sie mir noch nicht derart vertraut waren, als dass ich sie hätte weiter kürzen können. Sobald ich meine reflexive Praxis wieder aufnehmen werden diese Punkte nach und nach reduziert werden.

⁴ Ebd.

⁵ Ebd.

⁶ Ebd.

für Wirkungen die es mit seinem Output in der Umwelt hat.⁷

- **Richterlicher Arbeitsweise**

- [Er arbeitet mit dem Konditionalprogramm. Die rechtlichen Regeln geben an, welche Informationen für die Entscheidung wichtig sind und welche nicht. Das Entscheidungsprogramm bewirkt damit eine spürbare Reduktion von Komplexität, denn es erlaubt dem Richter, aus der Fülle des Lebenssachverhaltes viele Details beiseite zu lassen und nur die rechtlich relevanten auszuwählen und seiner Entscheidung zu Grunde zu legen.]⁸
- Der Richter ist zur Rechtfertigung seiner Entscheidung nicht darauf angewiesen, damit bestimmte Wirkungen zu erzielen.⁹
- [Der Richter muss seine Entscheidung stets begründen; er muss bei gleichem Input auch den gleichen Output liefern und darf seine Entscheidung im Einzelfall nicht von einer Abwägung der Folgen für den Betroffenen abhängig machen. Diese Wertungen werden durch das Gesetz vorgegeben.]¹⁰

- **Anwaltliche Arbeitsweise**

- [Der Anwalt ist zur Rechtfertigung seiner Tätigkeit gerade darauf angewiesen, bestimmte zukünftige Wirkungen zu erzielen. Die Gestaltung des Anwalts ist nur dann ›richtig‹, wenn er alles getan hat, um die Ziele seines Mandanten zu verwirklichen.]¹¹

⁷ Teichmann, JuS 2001, 973 (974).

⁸ Teichmann, a. a. O., 973 (975).

⁹ Ebd.

¹⁰ Ebd.

¹¹ Teichmann, a. a. O., 973 (976).

- »In einem Zweckprogramm ergibt sich die notwendige Reduktion von Komplexität aus der Zwecksetzung. Mit ihrer Hilfe lassen sich bestimmte Folgen einer Entscheidung als wünschenswert, andere als verhältnismäßig unwichtig oder unerwünscht einordnen. Der Wert der bezweckten Wirkungen vermag so ungeachtet der Nebenwirkungen und der dafür aufgegebenen Wirkungen das Handeln zu begründen.«¹²
- [Vor- und Nachteile verschiedener Lösungsmöglichkeiten werden anhand der Zielvorstellungen des Mandanten bewertet. »Richtige Vertragsgestaltung« ist nicht die Gestaltung, die objektiv gerecht ist, sondern eine solche, die den individuellen Bewertungskriterien des Mandanten optimal entspricht.]¹³
- [Der Grundsatz der Gleichbehandlung gilt für den Anwalt nicht. Es ist geradezu typisch für den Anwalt, dass er eine Rechtsfrage je nach dem Interesse der Partei, die er vertritt, auch einmal anders beantwortet. Die rechtlichen Vorgaben die ihn binden, sind vielmehr der Dienstvertrag mit seinem Mandanten.]¹⁴
- Der Anwalt ist mit Prozessführung, der Beilegung von Streitigkeiten, Vertragsgestaltung und allgemeiner Rechtsberatung beschäftigt.
- Die Rolle des Anwalts ist es nicht, vorgelegte Fälle zu entscheiden, sondern er muss von selbst Rechtsfragen erkennen, die sich jetzt stellen oder in der Zukunft stellen können.¹⁵

¹² Teichmann, JuS 2001, 973 (976).

¹³ Ebd.

¹⁴ Ebd.

¹⁵ Teichmann, a. a. O., 973.

- Dort wo der Anwalt die Erfolgsaussichten eines Prozesses zu prüfen hat, verfährt er ebenso wie ein Richter.¹⁶
- Charakteristika der anwaltlichen Tätigkeit
 - Abgrenzung von der richterlichen Tätigkeit:
 - Der Richter betrachtet einen in der Vergangenheit liegenden Sachverhalt, während der Anwalt bei der Vertragsgestaltung vor allem in die Zukunft schauen muss.¹⁷
 - Die Denkprozesse von Richter und Anwalt sind unterschiedlich strukturiert. Der Anwalt arbeitet zielorientiert, strebt also ganz bewusst ein bestimmtes Ergebnis an, während der Richter ergebnisoffen arbeitet. Anwalt und Richter arbeiten folglich nach unterschiedlichen Entscheidungsprogrammen.¹⁸
 - [Richter und Anwalt haben im Rechtsleben eine jeweils eigene Funktion, die ihr Handeln an verschiedene Rechtsgrundlagen rückkoppelt: Der Richter ist als staatlicher Entscheidungsträger im öffentlichen Interesse tätig und sucht eine objektiv richtige Entscheidung; der Anwalt vertritt private Interessen und ist daher parteilich.]¹⁹
 - Was soll am Ende herauskommen? Eine Frage, die für jeden Richter den Vorwurf der Befangenheit zur Folge hätte, ist für

¹⁶ Teichmann, JuS 2001, 973 (978).

¹⁷ Vgl. Teichmann, a. a. O., 973.

¹⁸ Vgl. Teichmann, a. a. O., 973 (974).

¹⁹ Teichmann, a. a. O., 973 (976).

den vertragsgestaltenden Anwalt der
Ausgangspunkt der Prüfung.²⁰

- Abgrenzung von den Tätigkeiten von Notare, Justitiaren und Behördenmitarbeitern
 - Im Gegensatz zum Notar ist der Rechtsanwalt kein neutraler Berater; er ist parteilich. Seine Richtlinie ist das Mandantenbegehren. Gegenüber dem Justitiar in einer Behörde oder einem Unternehmen steht der Rechtsanwalt im Spannungsfeld zwischen Parteilichkeit und Unabhängigkeit.
- Instrumentale Sicht des Rechts
 - Das Recht und seine Behandlung in der Praxis sind für den Anwalt ein Mittel zur Erreichung eines durch den Mandanten vorgegebenen Zweckes.²¹
 - Auch die Prüfung von Meinungsstreitigkeiten ist ein Mittel der Interessenverfolgung. Ist die herrschende Meinung günstig, kann man Mindermeinungen kurz abhandeln, denn sie werden dem Mandant vor Gericht ohnehin nicht gefährlich. Ist die Mindermeinung günstiger, kann man ihr zwar folgen, muss dann aber gute Argumente sammeln und den Mandanten zugleich auf die recht hohe Wahrscheinlichkeit hinweisen, dass man damit vor Gericht keinen Erfolg haben wird.

²⁰ Teichmann, JuS 2001, 973 (974).

²¹ Vgl. Teichmann, a. a. O., 973 (977).

- Anhand von Kommentierungen, Formularen und der gängigen Rechtsprechung kann (und sollte) der Anwalt erkennen, wo häufig auftretende Streitfälle liegen und Beratungs- und Hinweisbedarf besteht.
- **Anwaltliche Methodik²²**
 - [Punktuelle Sicht des Gestaltungsprozesses:
 - Kontaktaufnahme
 - ausführliches Gespräch
 - erster Vertragsentwurf
 - Vertragsverhandlungen
 - überarbeiteter Entwurf
 - Finalisierung.]²³
 - **Vertragsgestaltung Schritt für Schritt²⁴**
 - 1. Ermittlung der Sachziele
 - [Die eigentlichen/ tatsächlichen Ziele des Mandan-

²² An dieser Stelle vermischen sich Überlegungen zur Handlungsweise des Anwaltes in der Vertragsgestaltung aus *Teichmann*, JuS 2001, 973- 980 und zur Vorbereitung und Durchführung von Mandantengesprächen aus *Breßler/Cichy*, Jus 2006, 975-979. Die Beziehung dieser Inhalte ist *nicht zutreffend*; ich habe hier Ebenen vermengt. Zutreffender wäre, den zunächst untergeordneten Punkt mit dem nachfolgenden ›Fragen an den Mandanten formulieren‹ zu einem einheitlichen Punkt ›Mandantengespräche führen‹ zusammenzufassen, oder so ähnlich. Wirft man einen Blick auf die Sinneinheit ›Anwaltliche Methodik‹ wird man schnell feststellen, dass sie nicht besonders durchdacht ist. In der Vorbereitung auf das Assessorexamen kam es für mich allerdings auch vornehmlich darauf an, für eine Kautelarklausur gerüstet zu sein.

²³ Siehe *Breßler/Cichy*, Jus 2006, 975-979.

²⁴ Die gesamte Nachfolgende Sequenz, beruht auf *Teichmann*, Jus 2001, 973 (977 ff.). Hier begegnet uns auch erstmals eine *echte Sequenz* von Arbeitsschritten (1., 2., 3. usw.) innerhalb der Liste. Allerdings beruht diese noch auf der Darstellung bei *Teichmann*. Hinsichtlich meiner Erkenntnisse in Bezug auf die Zirkularität und die Rekursivität der juristischen Arbeitsweise, würde ich nun auf die Bezifferung und damit die Darstellung einer Sequenz wohl eher verzichten.

ten sind niemals rechtlicher Art. Stets geht es darum, ein persönliches oder wirtschaftliches Bedürfnis zu befriedigen. Das Recht gibt lediglich die Wege und die Grenzen der Verwirklichung der Sachziele an. Zur Ermittlung der Sachziele gehört es auch, die Hintergründe der Motivation des Mandanten zu erkennen. Ferner müssen juristische Formulierungen des Mandanten kritisch geprüft werden.²⁵

– 2. Ermittlung der Rechtsziele

- [Der Anwalt kann nur die rechtlichen Voraussetzungen dafür schaffen, dass die Sachziele erreicht werden – aus dieser Beschränkung folgt, dass der Anwalt seine Tätigkeit nur an den zu ermittelnden Rechtszielen ausrichten kann.]²⁶
- Der Anwalt kann daher auch nur für seine rechtliche Gestaltung eintreten, nicht für die außerrechtlichen Einflüsse, die das Sachziel selbst bei perfek-

²⁵ Teichmann, Jus 2001, 973 (977).

²⁶ Ebd.

ter rechtlicher Gestaltung
noch zunichte machen
können.

- 3. Ermittlung der rechtlichen
Ausgangslage

- [Ob zur Erreichung des Sachziels überhaupt eine rechtliche Gestaltung erforderlich ist, ergibt sich erst nach einer gründlichen Prüfung der bestehenden Rechtslage (rechtliche Ausgangslage). Dazu gehören nicht nur die gesetzlichen Vorschriften sondern auch – und dies vorrangig – die privatautonomen geschaffenen Regelungen der Parteien. Zur rechtlichen Ausgangslage gehört auch die Frage der Beweislast.]²⁷
- Die Ermittlung der rechtlichen Ausgangslage ist nicht zukunftsbezogen und folgt methodisch gesehen der klassischen Begutachtung eines Falles.²⁸

- 4. Feststellung des Gestaltungsbedarfs

- [Im nächsten Schritt erfolgt ein Abgleich der

²⁷ Teichmann, Jus 2001, 973 (977 f.).

²⁸ Vgl. Teichmann, a. a. O., 973 (978).

Rechtsziele mit der bestehenden Rechtslage. Wenn die gewünschten Ziele nicht schon auf Grund der bestehenden Rechtslage erreicht werden können, besteht ein Gestaltungsbedarf.²⁹

- [Es muss jedoch berücksichtigt werden, dass sich ein Gestaltungsbedarf in der anwaltlichen Praxis nicht nur aus rechtlichen Erwägungen, sondern auch aus weiteren Zweckmäßigkeitserwägungen ergeben kann (etwa Beweisgründe oder psychologische Gründe).]³⁰
- [Umgekehrt kann ein Gestaltungsbedarf auch einmal aus reinen Zweckmäßigkeitserwägungen zu verneinen sein. Eine Gestaltung ist sinnlos, wenn das Ziel zwar juristisch erreichbar, praktisch aber nicht durchsetzbar ist (z.B. bei Zahlungsunfähigkeit der Gegenseite).]³¹
- [Im Rahmen der Feststellung des Gestaltungsbe-

²⁹ Teichmann, Jus 2001, 973 (978).

³⁰ Ebd.

³¹ Ebd.

darfs wird auch die Zielvorgabe des Mandanten erneut überprüft. Es muss aufgedeckt werden, an welcher Stelle der Mandant seine Zielvorstellungen präzisieren oder modifizieren muss.]³²

- 5. Ermittlung der Gestaltungsmöglichkeiten
 - Ausgangspunkt: Rechtsziele
 - *Erfüllungsplanung*
 - [Zunächst müssen im Hinblick auf die Rechtsziele alle Möglichkeiten ermittelt werden, die zu den Zielen führen können. Dabei müssen insbesondere die regelungsbedürftigen Punkte (konfliktträchtige Einzelfragen) ermittelt werden.]³³
 - *Risikoplanung*
 - »Wurden alle Möglichkeiten ermittelt, die zum Rechtsziel führen können, beginnt

³² Teichmann, Jus 2001, 973 (978 f.).

³³ Teichmann, a. a. O., 973 (979).

die Abwägung von Vor- und Nachteilen der verschiedenen Gestaltungen.«³⁴

- Es müssen dabei mehrere mitunter konfligieren Sachziele und Interessen des Mandanten untereinander abgewogen werden.

- 6. Gestaltungsvorschlag

- [Es erfordert ein vernünftiges Maß an Risikobewusstsein, das zwar die wesentlichen Risiken berücksichtigt, aber den Parteien nicht vor lauter Schreckensszenarien die Lust am Vertragsschluss nimmt oder die Verhandlungen sich in Details festfahren lässt, die zum eigentlich angestrebten Leistungsaustausch in keinem Verhältnis mehr stehen.]³⁵
- [Der Mandant ist auf ein bestimmtes Risiko hinzuweisen; dennoch bleibt ihm die Entscheidung

³⁴ Teichmann, Jus 2001, 973 (979).

³⁵ Teichmann, a. a. O., 973 (980).

überlassen, ob es in den Verhandlungen angesprochen werden soll.]³⁶

- Der Anwalt gibt bei seiner Beratung eine rechtliche Prognose ab. Dies gilt nicht nur bei der Prozessführung, sondern auch im Rahmen der Vertragsgestaltung. Er muss daher bei seinen Überlegungen auch prüfen, wie ein Gericht den Vertragstext auslegen und beurteilen würde. Dabei gilt für ihn einerseits der Grundsatz, dass er im Interesse des Mandanten stets der Linie der höchstrichterlichen Rechtsprechung folgen sollte. Andererseits muss der Anwalt aber in gewissen Grenzen auch aktuelle Rechtsentwicklungen berücksichtigen.
- Der sicherste Weg ist tatsächlich nur dann zu empfehlen, wenn dies den Sachzielen des Mandanten auch entspricht. Der Anwalt sollte nicht risikoscheu sein, wenn der Mandant nach Erörterung

³⁶ Teichmann, Jus 2001, 973 (980).

der Sach- und Rechtslage
risikofreudig sein will.

- Rechtliche und tatsächliche Gestaltung
 - Die anwaltliche Beratung umfasst nicht selten auch die Anregung zu einer Sachverhaltsgestaltung: Ein bestimmtes tatsächliches Verhalten ist oft eine gleichwertige Alternative zur rechtlichen Gestaltung.
- Informationslücken sind offen zu legen
 - Ebenso Unterstellungen (typische Lebenssachverhalte, mutmaßlicher Mandantenwille).
 - Wer *beraten* will, muss Nachvollziehbarkeit gewährleisten.
- Unsicherheiten der Prognose sind offen zu legen
 - Zum einen muss der Mandant darüber belehrt werden, dass es sich um eine Auslegungsfrage handelt, zu der man unter Juristen verschiedener Meinung sein kann. Zum anderen muss der Anwalt hier in Alternativen denken können.
 - Wer *beraten* will muss Nachvollziehbarkeit gewährleisten.

- Fragen an den Mandanten formulieren, mit Rückfragen rechnen³⁷
 - Der Anwalt muss auch auf die Rückfrage des Mandanten vorbereitet sein:³⁸ »Wozu müssen Sie das eigentlich wissen?«
- ➡ Houskeeping Anwalt
 - Kommunikation mit dem Mandanten; Geschäftsbetrieb organisieren etc.³⁹
- Adressaten der Darstellung bestimmen
 - Für wen erfolgt die Rechtsanwendung? Für wen muss ich mein Ergebnis her- und schließlich darstellen?
 - Man kann nicht nur am rechtlichen Problem, sondern auch an seinen Adressaten »vorbeischreiben«
 - Strategie der Leserorientierung⁴⁰
 - Ziel ist es beim Leser unabhängig von seiner Gemütslage folgende Reaktion zu wecken: »Ah, richtig, das sehe ich genauso!«
 - »Langweile niemals Deinen Leser!«⁴¹

³⁷ Dieser Punkt ist eine Repräsentation des Sinngehalts von *Breßler/Cichy*, Jus 2006, 975 (978). Sie beschreiben, wie man ein Mandantengespräch führt. Nachdem dieser Punkt zunächst umfangreich ausfiel, habe ich im Lauf der reflexiven Praxis nach und nach reduziert auf die Formel »Fragen formulieren, mit Rückfragen rechnen«.

³⁸ Siehe *Breßler/Cichy*, a. a. O., 975 (976).

³⁹ Dieser Punkt des zeitlichen Idealverlaufs der Situation der praktischen Rechtsanwendung spielt für den erfahrene Rechtsanwalt eine entscheidende Rolle. Hier sich ich etwa Platz für weitere Überlegungen hinsichtlich grundsätzlicher Vorgehensweisen, welche die anwaltliche Tätigkeit mit sich bringt, zum Beispiel zur Führung von Telefongesprächen und -konferenzen mit Mandanten im allgemeinen, sowie dazu ergänzend, zum Führen und Verwerten von Gesprächsnotizen.

⁴⁰ Bei diesem Stichpunkt handelt es sich um die Repräsentation des gleichnamigen Abschnittes bei *Haft*, Juristische Schreibschule, 2009, S. 185 ff.

⁴¹ *Puhle*, JuS 1989, 203 (205) und ebenso *Haft*, a. a. O., 2009, S. 76 ff.

- Der Stil, die Gestaltung und die Sättigung der Darstellung müssen auf die Ansprüche der Leser abgestimmt werden
- Laien? Parteien, Mandanten, Bürger
- Fachleute? Gericht, Anwalt der Gegenseite, Behörde
 - [Der Jurist ist nicht auf das Verstehen sondern auf das Widerlegen programmiert.]⁴²
 - [Grundsätzlich geht es in juristischen Texten um die Einordnung von Tatsachen in rechtliche Zusammenhänge.]⁴³
 - [Als Jurist geschieht das Lesen nicht »wertfrei«, sondern mit der Erwartung, dass jede Information für die rechtliche Zuordnung von Bedeutung ist.]⁴⁴
 - [Der Jurist sucht nach Verstößen gegen die Regeln der juristischen Logik (Gebot der Widerspruchsfreiheit) und der juristischen Praxis.]⁴⁵
- (Besonderheiten der Prüfungssituation)
 - Bearbeitervermerk lesen und verstehen: Der Vermerk steht in der Klausursituation noch über dem Gesetz⁴⁶ und gibt die Art und Weise der praktischen Rechtsanwendung verbindlich vor.
 - Aufgabenstellung bestimmen, verstehen und eingrenzen: Was? Von wem? Für wen? Warum?

⁴² Haft, Juristische Schreibschule, 2009, S. 72.

⁴³ Haft, a. a. O., S. 78.

⁴⁴ Puhle, JuS 1989, 203 (205).

⁴⁵ Ebd.

⁴⁶ Diese Formulierung geht zurück auf den Vorsitzenden Richter am OLG a. D. Schmidt-Eichhorn, der meine Arbeitsgemeinschaft zum Zwangsvollstreckungsrecht zur Vorbereitung auf das Assessorexamen leitete.

- Das Publikum meiner Bearbeitungen ist der Korrektor, der wiederum (zumindest in den staatlichen Prüfungen) juristischer Praktiker ist.
 - Er ist es gewohnt, bei der Korrektur nach Rastern vorzugehen und nach Fehlersignalen zu suchen.⁴⁷
 - Die Darstellung muss so aufgebaut sein, dass sie keine Erwartungen beim Korrektor weckt, unbefriedigt lässt oder gar vollständig enttäuscht.
- ¶ Rahmenbedingungen der Rechtsanwendung berücksichtigen
 - Zeit
 - Zeit ist nicht knapp; Zeit hat man zu haben. Die absoluten zeitlichen Grenzen der Rechtsanwendung erfordern es, Prioritäten und Schwerpunkte zu setzen und diese laufend mit den zeitlichen Parametern abzugleichen.
 - Klare Zeiteinteilung ist zwingend notwendig, um die Entscheidungsfähigkeit zu erhalten.
 - Vollständigkeit geht vor (regelmäßig nicht zu erreichender) Perfektion. Eine ungeordnete, imperfekte Bearbeitung ist der Nichtbearbeitung vorzuziehen.
 - Ausführungen zu unwesentlichen, unerheblichen und/oder unproblematischen Punkten vernichten wertvolle Bearbeitungszeit und darüber hinaus die Zeit und Aufmerksamkeit des Lesers.
 - Die zur Verfügung stehende Zeit bestimmt den möglichen Umfang und die mögliche Tiefe der Bearbeitung.

⁴⁷ Vgl. Puhle, JuS 1989, 203 (204).

- Zeitlichen Beschränkungen müssen in Stoppregeln⁴⁸ übersetzt werden, welche helfen die Entscheidungsfähigkeit des Anwenders zu erhalten.
- Techniken, Methoden und Routinen ermöglichen eine Reduktion der aufzuwendenden Zeit.
- **Komplexität**
 - Techniken des Notierens, Skizzierens, Markierens und des Entwurfs bewusst einsetzen; ich darf meinem Gedächtnis nicht zu viel zumuten; ein gedachter Gedanke, eine gefundene Fundstelle oder ein hergestellter Zusammenhang sollten nicht noch einmal gesucht und/oder rekonstruiert werden müssen.
 - *Die richtige Lösung gibt es nicht, sondern nur die angemessene und die weniger angemessene Lösung*
 - Versuchen, den Fall nicht zu früh zu kategorisieren oder mit bereits bekannten Fällen gleichzusetzen.
 -
- **Pragmatisch handeln**⁴⁹
 - Die Struktur der praktischen Rechtsanwendung soll der Orientierung dienen; sie stellt keine starre Arbeitsanweisung mit normativen Geltungsanspruch da.

⁴⁸ Den Begriff ›Stoppregel‹ habe ich von *Röhl und Röhl* entliehen, die ihn in *Allgemeine Rechtslehre*, 3. Aufl. (2008) auf S. 644 im Zusammenhang mit der Rationalität des Entscheidens verwenden.

⁴⁹ Während meiner Ausbildung war ich stets mit dem Allgemeinplatz konfrontiert, dass man in der Berufspraxis ›pragmatisch‹ handeln müsse. Ich fragte mich daher, was damit eigentlich gemeint sein sollte und versuchte dem auf den Grund zu gehen. Letztlich handelt es sich hierbei um Hintergrundinformationen, welche ich mir ab und zu sowie vor und während der einzelnen Rechtsanwendung bewusst mache. Allerdings merk man hier sehr deutlich, dass sich meine Struktur nicht gut *lesen lässt*, denn diese Inhalte stehen für weitaus mehr, als sich durch die einfache Lektüre ersehen lässt.

- ¶ Unterscheidung Her- und Darstellung der rechtlichen Lösung⁵⁰
 - Rechtsfindung und Rechtfertigung, Herstellung und Darstellung einer rechtlichen Lösung müssen Unterschieden werden: »Dieser Unterscheidung liegt die Erfahrung zu Grunde, dass die Phase, in der ein Auslegungsergebnis erst noch gesucht wird, anderen Regeln des Denkens und Sprechens unterliegen kann als die Phase, in der ein gefundenes Ergebnis niedergeschrieben oder verkündet wird.«⁵¹
 - Die Grundfragen jeder Herstellung der rechtlichen Lösung sind: ›Worauf könnte es ankommen? Was brauche ich?‹
 - Die Grundfragen jeder Darstellung der rechtlichen Lösung sind: ›Was könnte ich weglassen? Was verwende ich?‹

⁵⁰ Nach eingehender Beschäftigung mit der individuellen juristischen Arbeits- und Denkweise würde ich diesen Punkt wohl als *entscheidend* bezeichnen. Vermischungen und Verwechslungen in diesem Zusammenhang wirken sich grundsätzlich negativ auf die Arbeitsweise und auch die Produkte des Rechtsanwenders aus.

⁵¹ Hassemer in: Festschrift Heike Jung, 2007, S. 231 (253)

¶ Herstellung der rechtlichen Lösung. Die rechtliche Würdigung

- Die Herstellung der Lösung erfolgt unabhängig von der späteren Darstellung zunächst immer ausgehend von einer rechtlichen Würdigung. In der juristischen Denkweise arbeitet man stets mit Hypothesen, also Aussagen unter Vorbehalt, deren Prämissen zunächst offen sind. Wenn die Prämissen erfüllt sind, lassen sich daraus Rechtsfolgen ableiten (Deduktion). Das Gutachten hat zwar grundsätzlich ebenfalls eine deduktive Grundstruktur, jedoch zeigt sich insb. an der Darstellung des Gutachtens, dass Her- und Darstellung nicht deckungsgleich sind.⁵²
- ¶ Herantasten an den Sachverhalt⁵³
 - 1. Vorlagenstruktur erfassen
 - Ziel⁵⁴: ersten Eindruck gewinnen und den groben Verlauf des Vorgangs erfassen⁵⁵
 - Vorlage durchblättern

⁵² Diese Stelle spiegelt eine Reflexion über den Umstand wieder, dass in der Ausbildung häufig der Gutachtenstil, die Darstellungsform des Gutachtens sowie die deduktive Denkweise des Rechtsanwenders vermengt oder gar gleichgesetzt werden. Es handelt sich nicht um einen Fließtext, sondern die Aneinanderreihung von Sätzen.

⁵³ Ich habe bis dato noch keine (für mich) befriedigende Antwort auf die Frage erhalten, wo das Erfassen des Sachverhaltes unterzubringen ist. Ich habe diesen Punkt schließlich als ersten Schritt der Herstellung der rechtlichen Lösung angeordnet, doch zuvor war er lange Zeit im Bereich ›Vorfeld der praktischen Rechtsanwendung‹ zu finden. Denn grundsätzlich soll eine rechtliche Würdigung ja erst dann erfolgen, wenn man einen Sachverhalt vor Augen hat; hier wären wir wieder bei dem Problem der Zirkularität, dass ein entscheidungserheblicher Sachverhalt nur äußerst schwer ohne gedanklichen Rückbezug auf irgendwelche Normen gebildet werden kann. An dieser Stelle begegnen wir erstmals dem Ergebnis eines syntopischen Lesevorgangs. Für diesen Abschnitt habe ich eine Vielzahl von Inhalten zu Erfassung des Sachverhaltes gelesen, abgeglichen, übersetzt und zusammengeschrieben. Die wichtigsten Fundstellen waren: *Baumfalk*, JA 1984, 72-80, *Schuschke/Kessen/Höltje*, Zivilrechtliche Arbeitstechnik im Assessorexamen, 35. Aufl. (2013) sowie die Voraufgabe *Schuschke/Sattelmacher/Sirp*, Bericht, Gutachten und Urteil, 34. Aufl. (2008).

⁵⁴ Die mit den Lesevorgängen Zielsetzungen bestimmen auch die Art und Weise, wie zu lesen ist.

- Prägende Bestandteile der Akte identifizieren. Grds. von vorne nach hinten blättern.
- 2. Entscheidungskontext begreifen (lineares Lesen)⁵⁶
 - Ziel: Prozessuale Situation erfassen⁵⁷ und Grobstrukturen erkennen; Geschehen einem rechtlichen Themenkreis zuordnen; Positionen und Interessen ausmachen, da dies für einer verständigen Würdigung des konkreten Falls vorausgesetzt wird.
 - Chronologie – Zeitstrahlen anlegen
 - denn diese ermöglichen die darauffolgende Ordnung des Stoffes.
 - Anträge / Begehren / Ansichten identifizieren.
 - Warum wird gestritten?
 - Wer ist beteiligt?
 - Worüber wird gestritten?
 - Wann wurden Verfahrenshandlungen vorgenommen?
 - Hat sich etwas im Laufe des Verfahrens geändert?
- 3. Entscheidungsgrundlage konkretisieren und vorbereiten (lineares und pendelndes Lesen⁵⁸)
 - Ziel: Materielle Situation vollständig erfassen⁵⁹ und Rechtsprobleme identifizieren (mit Blick zur Aufgabenstellung).

⁵⁵ Vgl. *Oberheim*, Zivilprozessrecht für Referendare, 9. Aufl. (2012), S.161, Rdnr. 5.

⁵⁶ Hier habe ich in Bezug auf den Umgang mit der Klausurvorgabe über die konkrete Art und Weise des Lesens und gleichzeitig über damit einhergehende Notiertechniken nachgedacht. Gewissermaßen versuchte ich das Lesen der Akte zu schematisieren.

⁵⁷ Vgl. hierzu *Wimmer*, Klausurtipps für das Assessorexamen (4. Aufl.) 2009, S. 22. Wimmer rät dazu das Durcharbeiten der Klausurvorgabe mit verschiedenen Zielsetzungen anzugehen; damit habe ich gute Erfahrungen gemacht.

⁵⁸ Das Lesen wird mit Bewegung verbunden. Linear bedeutet von oben nach unten beziehungsweise von der ersten bis zur letzten Seite. Das pendelnde Lesen bezeichnet das Hin- und Herblättern in der Akte, welches sich einstellt, wenn man nach etwas bestimmten sucht oder aufgrund einer Assoziation etwas nachschlagen will. In Kombination führen diese beiden Lesebewegungen dazu, dass man sich von vorne nach hinten durch die Akte arbeitet und gleichzeitig hin- und herblättert, um konkrete Informationen miteinander in Beziehung zu setzen.

⁵⁹ Vgl. hierzu *Wimmer*, Klausurtipps für das Assessorexamen (4. Aufl.) 2009, S. 23.

- Analyse des Vorbringens der Beteiligten dazu Vorträge im Gesamtzusammenhang lesen
 - Dazu gehören auch die wirtschaftlichen und existenziellen Interessen der Parteien. Letztlich erbringt der Praktiker eine Dienstleistung.
 - Wer trägt was dazu vor?
 - Was ist strittig?
 - Wurde Beweis angeboten?
 - Beweiserhebung durchgeführt?
- ¶ Vorbereitung der Entscheidungsgrundlage
 - In dieser Phase beginnt die Vorbereitung der Entscheidungsgrundlage.
 - Ziel: [Zu Beginn der Lösungsarbeit soll (nur) der Streitstoff in seiner Gesamtheit und seinen wesentlichen Einzelheiten so erfasst, geordnet und beherrscht werden, dass eine sinnvolle und folgerichtige rechtliche Untersuchung möglich wird, bei deren Durchführung dann aber zu Einzelfragen wieder eine Untersuchung des tatsächlichen Streitstoffs notwendig werden kann.]⁶⁰
 - [Arbeit am Sachverhalt ist kein in sich geschlossener Arbeitsschritt, denn erst die Bearbeitung in rechtlicher Hinsicht ergibt, inwieweit es auf bestimmte Umstände ankommt; bei der Arbeit am Sachverhalt muss daher nicht jede tatsächliche Frage bis zum letzten durchdacht werden, denn bei der rechtlichen Würdigung muss immer wieder auch der Streitstoff untersucht werden.]⁶¹ (Pendelblick)
 - Stoffsammlung und -ordnung
 - Der Tatsachenstoff muss gesammelt, bewertet und geordnet werden.⁶²
 - Bei der Stoffsammlung bleibt nur das unberücksichtigt, was mit der Aufgabenstellung unter keinem denkbaren Gesichtspunkt im Zusammenhang steht. Dabei ist nach

⁶⁰ Baumfalk, JA 1984, 72 (80)

⁶¹ Ebd.

⁶² Vgl. Schuschke/Kessen/Höltje, Zivilrechtliche Arbeitstechnik im Assessorexamen, 35. Aufl. (2013), S. 67 f., Rdnr. 138.

dem Prinzip zu verfahren, dass im Zweifel zunächst mehr festgehalten wird, als später tatsächlich benötigt wird.⁶³

- Dabei muss das Vorbringen der Beteiligten kritisch betrachtet werden:
- Liegt Vortrag zu inneren oder äußeren Tatsachen vor?
- Handelt es sich um Rechtsansichten? Sind diese u.U. mit Tatsachenvortrag vermischt?
- Verwenden die Beteiligten Rechtsbegriffe? Wenn ja, tun sie dies auch korrekt?
- Handelt es sich bei dem Vorbringen um Werturteile?
- **Rechtliche Würdigung im Hintergrund**
 - Der Inhalt des Aktenstückes wird zwar durch die Ordnung des Tatsachenstoffs schon in gewisser Weise rechtlich gewürdigt. Dies darf jedoch nicht dazu führen, dass der Sachverhalt – entgegen dem tatsächlich feststellbaren Geschehen – verändert wird.
 - Auslegung des Tatsachenvortrags muss erkennbar sein und bedarf stets der Begründung.
 - (Ergänzungen des Sachverhalts sind in den praktischen Arbeiten des 2. Staatsexamens nicht angezeigt) Lücken im Tatsachenstoff werden von den jeweiligen prozessrechtlichen Regelungen (Darlegungs- und Beweislastverteilung) behandelt.
 - In der Rolle des Rechtsanwalts darf man grundsätzlich von der Richtigkeit der tatsächlichen Informationen des eigenen Mandanten ausgehen.
 - In der Rolle des Gerichts gilt zunächst der Grundsatz, dass ein jeder zunächst als redlich behandelt wird – für die Beweiswürdigung im Prozess gilt jedoch die Nullhypothese des BGH (§ Beweiswürdigung).⁶⁴

⁶³ Schuschke/Kessen/Höltje, Zivilrechtliche Arbeitstechnik im Assessorexamen, 35. Aufl. (2013), S. 56, Rdnr. 119.

⁶⁴ Die Nullhypothese besagt, dass jede Zeugenaussage solange als unwahr gilt, bis die Vermutung sich angesichts der Zahl und der Qualität der Realitätskriterien in der Aussage

- Beachte, dass sich der tatsächlich ereignete Lebenssachverhalt (objektive Wahrheit) von dem prozessrechtlich erheblichen Sachverhalt unterscheidet.⁶⁵
- Handwerkszeug
 - Zeitstrahlen⁶⁶
 - Es bietet sich an, einen Zeitstrahl für die materiellen Daten *und* einen weiteren Zeitstrahl für die Prozessgeschichte anzulegen; hierbei sollte der ggf. anhängende Kalender dazu verwendet werden, Sonn- und Feiertage zu kennzeichnen; soweit mehrere beteiligt sind, müssen die formellen Daten (Zustellungen etc.) für jeden Beteiligten ermittelt werden.
 - Sachverhaltsskizze
 - Muss⁶⁷ immer dann angefertigt werden, wenn mehr als zwei Beteiligte vorhanden sind.
 - Hiermit können Personenkomplexe leichter gebildet werden.⁶⁸
 - Forderungs-/Antragstabellen⁶⁹

nicht mehr aufrechterhalten lässt (BGH, Urt. v. 30. Juli 1999 - 1 StR 618/98, NJW 1999, 2746).

⁶⁵ Vgl. *Oberheim*, Zivilprozessrecht für Referendare, 9. Aufl. (2012), S. 16, Rdnr. 30.

⁶⁶ Im Nachhinein hatte ich Gelegenheit dazu, ich mich ein wenig näher mit Zeitstrahlen zu befassen und bin dabei unter anderem über die interessante Arbeit von Daniel Rosenberg und Anthony Grafton gestoßen; *Rosenberg/Grafton*, *Cartographies of Time*, 2010. Sie besprechen die Entwicklung und das Potenzial des Mediums Zeitstrahl. Wer sich nun fragt, wie der Zeitstrahl ein eigenständiges Forschungsobjekt darstellen kann, der sollte sich im Internet mit den Schlagworten ›*Joseph Priestly Time Chart*‹ auf die Suche begeben und sich die entsprechenden Bilder ansehen.

⁶⁷ Wir haben es hier mit einem schönen Beispiel für reflexives Denken zu tun. Mit dem Verweis ›Muss immer angefertigt werden ...‹ erinnere ich mich selbst daran, dass ich die Erfahrung gemacht habe, dass ich in vergleichbaren Situationen zwar zunächst auf eine Skizze verzichtete, dann jedoch feststellte, dass ich besser sofort eine solche angefertigt hätte.

⁶⁸ Vgl. *Schuschke/Kessen/Höltje*, Zivilrechtliche Arbeitstechnik im Assessorexamen, 35. Aufl. (2013), S. 57, Rdnr. 120.

⁶⁹ Die Aufführung dieses Hilfsmittels beruht auf meiner Erfahrung, dass man bei einer Vielzahl von geltend gemachten Ansprüchen oder Begehren schnell den Überblick verliert.

- So können Antrags-/Begehrenskomplexe vorbereitet werden.
- Ist eine Vielzahl von Punkten dem Grund und der Höhe nach streitig, hilft eine Forderungstabelle den Überblick zu behalten.
- **Aktenauszug**
 - Der Aktenauszug muss in den zivilrechtlichen Urteils- und Rechtsanwaltsklausuren aus Beklag-tensicht erstellt werden, um ein relationsmäßiges Durchdenken⁷⁰ des Falls zu ermöglichen. Nur durch die relationsmäßige Darstellung ist es möglich, zwischen streitigem und unstreitigem Vortrag zu unterscheiden.
 - Gliederung einer Relation⁷¹
 - 1. Auslegung des Klageziels
 - 2. Zulässigkeit der Klage
 - 3. Begründetheit der Klage
 - Darlegungsstation

ren kann. Die Tabelle erfüllt dann den Zweck, mich vor kognitiver Überlastung zu bewahren. Sobald ich diesen Punkt lese, habe ich sofort wieder den Klausurfall vor Augen, der Anlass dieser Überlegungen war: Der Kläger hatte nach einem Autounfall ein Vielzahl von Schadensersatzansprüchen geltend gemacht: Reperaturkosten für verschiedene Schäden, Mietwagenkosten für verschiedene Mietwagen, Schmerzensgeld, Behandlungskosten und schließlich Schadensersatz und den Ausgleich des Affektionsinteresses aufgrund eines verpassten Rockkonzertes. Vgl. hierzu auch *Schuschke/Kessen/Höltje*, Zivilrechtliche Arbeitstechnik im Assessorexamen, 35. Aufl. (2013), S. 57, Rdnr. 120.

⁷⁰ Meinem Verständnis nach ist das Verhältnis von Aktenauszug, Relationstechnik, Rechtsgutachten und Urteil im Laufe der Zeit verwässert worden. In der Ausbildung wurde mir zunächst der Eindruck vermittelt, es handle sich um einzelne Arbeitsschritte oder Arbeitstechniken. Mein Eindruck ist nun, dass aufgrund der Darstellung auf Schemata und in Lehrbüchern ein einheitlicher Vorgang, nämlich die Herstellung eines Urteils, zerstückelt wurde. Ich habe an dieser Stelle den Zusammenhang zwischen dem Aktenauszug als Schreibtechnik und der Relation als Denktechnik hergestellt. Daher findet sich im nachfolgenden Punkt auch die Gliederung einer Relation, die ansonsten in aller Regel erst in Verbindung mit dem Relationsgutachten in Erscheinung tritt (vgl. hierzu etwa die Darstellung in *Schuschke/Kessen/Höltje*, a. a. O.).

⁷¹ Im Wesentlichen übernommen aus: *Schuschke/Kessen/Höltje*, a. a. O., S. 102 ff., Rdnr. 198 ff.

- Schlüssigkeit des Kläger-
vorbringens (nicht die
Klage, sondern das Vor-
bringen ist schlüssig
 - Erheblichkeit des Beklag-
tenvorbringens
 - ggf. Replik
 - Beweisstation
 - 4. Prozessuale Nebenentscheidungen
- Gestaltung des Aktenauszugs
 - Es handelt sich um eine tabellarische
Übersicht über die für die Untersuchung
des Falls möglicherweise erheblichen tat-
sächlichen Vorgänge, in zeitlicher Rei-
henfolge, geordnet nach Kläger- und Be-
klagtenvortrag.
 - Das Blatt sollte in mindestens drei Spal-
ten aufgeteilt werden: eine Spalte für das
Vorbringen eines jeden Beteiligten, eine
weitere für Datumsangaben (am besten
mittig).⁷²
 - Ist eine Sachaufklärung durch das Ge-
richt erfolgt, muss eine vierte Spalte ›Pro-
zessergebnis‹ hinzugefügt werden, in
welcher das Ergebnis (nicht die Würdi-
gung des Beweises) eingetragen wird.⁷³

⁷² Entgegen den üblichen Empfehlungen entschied ich mich dafür, meinen Aktenauszug stets mit einer dritten Spalte für Datumsangaben zu versehen. Für mich ist die Anordnung in der Tabelle Aktenauszug hinsichtlich der Schreibrichtung von oben nach unten mit einer zeitlichen Hierarchie verbunden. Sobald ein zeitlich vorangiger Vorgang in der Tabelle nachgeordnet wird, büßt der Aktenauszug meiner Ansicht nach an Aussagekraft ein. Sein wesentlicher Vorteil wird dadurch beeinträchtigt. Ohne zeitliche Struktur kann man den Fall und das ihm zu Grunde liegende Geschehen nicht mehr ohne Weiteres überblicken.

⁷³ Vgl. *Schuschke/Kessen/Höltje*, Zivilrechtliche Arbeitstechnik im Assessorexamen, 35. Aufl. (2013), S. 56, Rdnr. 119.

- Soweit Streitgenossen beteiligt sind, muss sauber unterschieden werden, wer was gegenüber wem geltend gemacht hat – wenn die Lage hier unübersichtlich ist, sollte jedem Streitgenossen eine eigene Spalte zugewiesen werden.
- Zu jedem Eintrag sollte die Blattzahl der Fundstelle notierte werden: ›# ...‹⁷⁴
- Beweisangebote sollte dem jeweiligen Vorbringen zugeordnet werden: ›(B) ...‹
- Überholtes Vorbringen (Vorbringen, welches im Widerspruch zu anderen Erkenntnissen steht, an dem erkennbar nicht mehr festgehalten wird) wird durchgestrichen⁷⁵: ›~~Zahlung~~‹
- Die Ausübung von Gestaltungsrechten und rechtlich erhebliches Verhalten (z.B. Schweigen auf Bestätigungsschreiben) sind Tatsachen⁷⁶ und gehören daher in den Auszug: ›Einrede der Verjährung‹

⁷⁴ Hier sehen wir den Verweis auf eine konkrete Form des Notierens. Die einheitliche Verwendung von Symbolen erleichtert das Wiedererkennen von bestimmten Informationen. Dies ist insbesondere dann hilfreich, wenn man auf engem Raum schreiben muss und man etwa Seitenzahlen mit Paragrafen oder Daten verwechseln kann.

⁷⁵ Vgl. *Schuschke/Kessen/Höltje*, Zivilrechtliche Arbeitstechnik im Assessorexamen, 35. Aufl. (2013), S. 57, Rdnr. 120.

⁷⁶ Vgl. *Baumfalk*, JA 1984, 72 (78).

- Fahrplan des Geschehensablaufs⁷⁷
 - In Fällen, in denen es nicht darum geht, den Tatsachenstoff in eine Relation zu bringen, sondern ihn ›lediglich‹ zu ordnen und zu würdigen, muss der Vortrag in einer Struktur aufbereitet werden.
 - Die Struktur enthält drei Kategorien: eine für das jeweilige Datum bzw. die jeweilige Uhrzeit, eine weitere für den jeweiligen Tatsachenvortrag und schließlich eine für die kombinatorischen Variationen⁷⁸ (z.B. verschiedene Zeugenaussagen, welche zu würdigen sind).
 - Bei dieser Übersicht handelt es sich nicht um einen Aktenauszug, sondern vielmehr entspricht der Fahrplan mehr einer Gliederung der späteren Sachverhaltsdarstellung, so wie sie bspw. in Strafurteil, verwaltungsgerichtlichen Urteil, einem Rechtsanwaltsschriftsatz aus Klägersicht oder Behördenentscheid anzufertigen ist.
 - Die aufgezeigten kombinatorischen Varianten verdeutlichen hierbei, wo Beweise zu würdigen sind oder Prognosen erstellt werden müssen.
 - Die Struktur des Geschehensablaufs erleichtert die Bildung von Sachverhaltskomplexen.
- Rechtsansichten-Cluster⁷⁹

⁷⁷ Wesentliches Ziel meiner reflexiven Praxis war es, mir eine *einheitliche* Arbeitsweise anzueignen. Der Aktenauszug ist nach meinem Verständnis ein wertvolles Werkzeug, doch fehlte mir ähnliches für strafrechtliche oder verwaltungsrechtliche Fallbearbeitungen. Nichtsdestotrotz musste ich auch hier eine Akte lesen und die Informationen in eine Ordnung bringen. Daher versuchte ich mit dem ›Fahrplan‹ eine dem Aktenauszug entsprechende Arbeitstechnik zu entwerfen. Den Begriff ›Fahrplan‹ habe ich von *Haft*, Juristische Rhetorik, 8. Aufl. (2009), S. 24.

⁷⁸ Der Begriff ›kombinatorische Variation‹ steht letztlich für den Möglichkeitsraum, den die verschiedenen Versionen des dem Fall zu Grunde liegenden Geschehensablaufs beschreiben.

⁷⁹ Den Cluster als Lösungshilfe beschreibt Adrian Hans; *Hans, Adrian*, Jus 2004, 18-21. Hans verwendet diese Art des Mind-Mappings als Schreibtechnik für verschiedenste

- Rechtsansichten der Beteiligten gehören nicht in die Sammlung des Tatsachenstoffs; sie müssen vielmehr hiervon getrennt werden, damit man in der Rolle des Rechtsanwenders, dem tatsächlichen Vorbringen nicht eine bestimmte Färbung gibt.
 - Die Ansichten müssen für eine spätere Darstellung im Tatbestand des praktischen Entwurfs nach Gewicht und Bedeutung geordnet werden. Daher bietet sich die Sammlung im Cluster an, da die einzelnen Begriffe später durch Nummerierung entsprechend der eigenen juristischen Wertung nummeriert werden können.
- 4. Vorlagenrevision (Durchsicht⁸⁰)
- Dient der Kontrolle des erfassten Sachverhalts mit kritischem Abstand zum bisherigen Lesevorgang.⁸¹
 - Dabei muss ein erneutes Augenmerk auf prozessrechtliche Besonderheiten des konkreten Falls gerichtet werden.

Schritte der Fallbearbeitung, so zum Beispiel für die Erfassung des Sachverhalts, den Aufbau der rechtlichen Prüfung oder die Herleitung der Rechtsgrundlage; *Hans*, Jus 2004, 18 (19 f.). Bei mir funktionierte die Verwendung von Zeitstrahlen, Aktenauszügen und Fahrplänen wesentlich besser; allerdings half mir die Clustertechnik jeweils geäußerte Rechtsansichten zu überblicken.

⁸⁰ Die Bezeichnung dieses Lesevorgangs als ›Durchsicht‹ bezieht sich ausdrücklich auf die äußere Erscheinung dieses Arbeitsschrittes (wie auch schon beim Durchblättern, sowie beim linearen und pendelnden Lesen). Wenn ich das Wort Durchsicht lese, sehe ich mich selbst am Schreibtisch sitzen, und die Vorlage auf eine gewisse Art und Weise handhaben.

⁸¹ Vgl. *Schuschke/Kessen/Höltje*, Zivilrechtliche Arbeitstechnik im Assessorexamen, 35. Aufl. (2013), S. 55, Rdnr. 117.

- ¶ **Formalia bestimmen**⁸²
 - ✎ **Formularsammlung**⁸³
- **Mögliche Probleme kennzeichnen und benennen**⁸⁴
 - Sowohl solche tatsächlicher als auch rechtlicher Art
- **In Betracht kommende Bestandteile der Lösung benennen, ordnen, strukturieren**⁸⁵

⁸² Dieser Arbeitsschritt bezieht sich auf die bewusst Auseinandersetzung mit der Frage, wie die Form des Endproduktes auszusehen hat. Man stellt sich gewissermaßen schon an diesem Punkt vor, wie das fertige Produkte, also das Dargestellte, letztlich aussehen wird. Für die Klausursituation im Assessorexamen habe ich mir für diesen Zweck eine Formularsammlung angelegt, in welcher sämtliche Formulare enthalten waren, die einem Prüfungskandidaten begegnen können. Vom Muster eines Zivilurteils, über den Beschluss nach § 91a ZPO, die Streitverkündungsschrift, den Schriftsatz zur Beschwerde, die Abschlussverfügung des Staatsanwaltes, den Entwurf eines Strafbefehls, das Revisionsurteil, den Beschluss nach § 80 VwGO NRW bis hin zur Antragsschrift auf vorläufigen Rechtsschutz.

⁸³ An dieser Stelle reicht mir ein kurzer Verweis auf meine persönliche Formularsammlung aus. Ich weiß, dass ich sie im Verlauf der Rechtsanwendung mehrfach gedanklich konsultieren muss. Zu diesem Zeitpunkt der Anwendung erscheint mir eine Vergegenwärtigung des wohl einschlägigen Formulars für sinnvoll, da es wertvolle Hinweise auf den Umfang der Prüfung umfassen könnte. Allgemein kann man sagen, dass sich hier Formulare, Grundstrukturen oder sonstige Überlegungen zu den Formalia an dieser Stelle in die Struktur der praktischen Rechtsanwendung gut integrieren lassen.

⁸⁴ Fritjof Haft schreibt: »Denken kann man nur *im* Formulieren, nicht vorher, weshalb man eine Klausur vor dem schreiben nicht durchdenken kann. Die richtige Vorbereitung sieht anders aus. Man muss Arbeit in ihre Bestandteile zerlegen, diese ordnen und strukturieren, die Probleme kennzeichnen, Lösungsmöglichkeiten nebeneinanderstellen, Argumente und Topoi finden und festhalten, einen Fahrplan aufstellen - und dann kann man schreiben und denken zugleich.«, Haft, Juristische Rhetorik, 8. Aufl. (2009), S. 23 f. Ich bin zwar der Auffassung, dass man das »Schreiben« nicht auf die Niederschrift einer ausgearbeiteten Lösung reduzieren darf. Abgesehen davon waren Hafts Ausführungen extrem hilfreich während der Erstellung meiner Struktur der praktischen Rechtsanwendung. So finden sich die im Zitat aufgeführten, einzelnen Aktivitäten verteilt in meinem Ablauf der Rechtsanwendung wieder.

⁸⁵ Vgl. Ebd.; die Bezeichnung dieses Arbeitsschrittes entstammt ebenfalls Hafts Ausführungen zur Vorbereitung der Niederschrift der rechtlichen Lösung.

- Gegebenenfalls Sachverhaltskomplexe bilden
 - [Vor der Einteilung eines Sachverhalts in Komplexe frage man sich, ob der vermeintlich Einschnitt bei einer Gesamtbetrachtung des Geschehens nicht dazu führt, dass Abgrenzungsprobleme übersehen werden.]⁸⁶
 - [Bsp.: Im Strafrecht können bei Delikten gegen die Person leicht das Problem der Abweichung vom Kausalverlauf oder des Rücktritts vom Versuch oder des unmittelbaren Tatansatzes übersehen werden. Bei Vermögensdelikten läuft man Gefahr, einen einheitlichen Schaden, bzw. eine einheitliche Tathandlung zu übersehen.]⁸⁷
 - Die Bildung von Sachverhaltskomplexen darf nicht dazu führen, dass man innerhalb der Prüfung eines Tatbestandes auf einen anderen Sachverhaltskomplex verweisen muss.
 - Die Aufspaltung eines Sachverhalts ist bereits eine rechtliche Wertung, welche einer Begründung bedarf. Diese Begründung kann sich konkludent aus dem eigentlichen Prüfungsprogramm ergeben oder muss im Einzelfall gesondert dargestellt werden.
 - Bsp.: Die Erörterung des prozessualen Tatbegriffs im Hinblick auf § 154 ff. StPO.
- Gegebenenfalls Antrags-/Begehrenskomplexe bilden.
- Gegebenenfalls Personengruppen bilden bzw. auflösen.
- Gegebenenfalls rechtsfolgenorientierte Strukturen bilden.
- Gegebenenfalls historische Strukturen bilden.

⁸⁶ Arzt, Die Strafrechtsklausur, 7. Aufl. (2006), S. 220.

⁸⁷ Ebd.

- ¶ Rechtssatz suchen, finden und benennen

- Um den einschlägigen Rechtssatz zu finden »bedarf es einer Methode der praktischen Anwendung der Urteilskraft«⁸⁸
- [Urteilskraft anwenden bedeutet, ein ungefähres Zuordnen des gegebenen Falles, das einen größeren Bereich prüfungswürdiger Normen, Tatumstände, und Auslegungsvariationen in Betracht zieht.]⁸⁹
- Zunächst in die Überlegung einbezogene Normen werden als »hier nicht einschlägig« erkannt.⁹⁰
- Offensichtliches Ausscheiden der Norm = für das juristische Publikum muss dieses Ergebnis nicht erläutert werden, da die Normen genannt werden müssen, die der juristische Idealleser in einer perfekten rechtlichen Würdigung (mindestens) erwartet.
- Innerhalb der in die engere Wahl gezogenen Normen werden Auslegungsvariationen mit Blick auf den Sachverhalt formuliert, präzisiert und ausgewählt und aus der Fülle der Tatumstände werden die erheblichen (subsumierbaren) ausgelesen.⁹¹
- Technik des »In-Betracht-Ziehens«⁹²
 - Verhaltenspflicht begründen (oder: wozu suche ich überhaupt einen Rechtssatz?)
 - [Generell ist das Ziel, eine Verhaltenspflicht zu begründen: Das Recht regelt menschliches Verhalten (Tun oder Unterlassen); daher laufen die Rechtsvorschriften letzt-

⁸⁸ Diese Formulierung stammt von Reinhold Zippelius; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 10. Aufl. (2006), S. 89. Nach der Lektüre von Zippelius setzte ich mich erstmals bewusst mit der Urteilskraft auseinander. Während ich sie in meiner Struktur der praktischen Rechtsanwendung nur hier, in einer eher nebensächlichen Rolle, einordnete, bekam dieses Konzept im Laufe meiner Arbeit an dem Anstoß zu reflexiven Praxis eine überraschende Bedeutung und ich entwickelte ein neues Verständnis von der Urteilskraft insgesamt.

⁸⁹ Ebd.

⁹⁰ Ebd.

⁹¹ Vgl. Ebd.

⁹² *Zippelius*, a. a. O., S. 87. In diesem Sinnabschnitt meiner Struktur geht es um die *Hintergründe* der Suchtechniken hinsichtlich der einschlägigen Regelungen.

lich auf die Begründung, Aufhebung oder Änderung irgendwelcher Verhaltenspflichten hinaus.]⁹³

- [Entstehen allgemeiner oder individueller Verhaltenspflichten (Bsp.: Kaufvertrag; Gefahrenverordnung),
- Wegfall bestehender Pflichten (Bsp.: Rücktritt vom Kaufvertrag),
- Befreiung von einem generellen Verbot (Bsp.: Baugenehmigung),
- Verschiebung im Pflichtengefüge (Bsp.: Übereignung)]⁹⁴
- Subjektive Rechte durchsetzen⁹⁵
 - [Die Rechtsordnung stellt dem einzelnen Rechtssubjekt die subjektiven Rechte zur Durchsetzung zur Verfügung. Dabei handelt es sich um begrifflich verliehene Rechtsmacht, nach ihrem Zweck Mittel zur Befriedigung menschlicher Interessen.]⁹⁶
 - Subjektive Rechte können unterteilt werden in:
 - [absolute Rechte: Beherrschungsrechte, mit denen auf ein bestimmtes Objekt eingewirkt wird und/oder fremde Einwirkung ausgeschlossen wird,
 - relative Rechte: Ansprüche, mit denen von einem bestimmten Rechtssubjekt ein Tun oder Unterlassen gefordert wird,
 - Gestaltungsrechte: mit denen eine Rechtsänderung durch den Berechtigten und

⁹³ Zippelius, Juristische Methodenlehre, 10. Aufl. (2006), S. 30.

⁹⁴ Ebd.

⁹⁵ Ich versuchte, die Begründung der Verhaltenspflicht näher zu konkretisieren. Daher führte ich unter diesem Punkt weitere Überlegungen zum Ursprung von Ansprüche oder sonstigen Rechten und Pflichten auf.

⁹⁶ Seiler in: Staudinger/Eckpfeiler 2012, S. 1123, Kap. U., Rdnr. 12.

ohne Mitwirkung anderer Personen bewirkt wird.]⁹⁷

- **Anspruchsgrundlage (AGL) im Zivilrecht⁹⁸**
 - 1.) Vertrag (Auftrag i.S.d der GoA; Recht zum Besitz; Vorrangige Haftungsregelungen; Rechtsgrund)
 - 2.) Culpa in contrahendo (Haftungsmilderungen ggü. Delikt; aber auch Schäden, die eventuell nicht von den echten vertraglichen Ansprüchen erfasst sind)
 - 3.) Geschäftsführung ohne Auftrag (Haftungsmilderungen ggü. Delikt; Leistungsverhältnis)
 - 4.) Dingliche Ansprüche (Enthalten teilw. Spezialregelungen zum Delikts- und Bereicherungsrecht)
 - 5.) Delikt und ungerechtfertigte Bereicherung
 - Grenzen des Anspruchsaufbaus (Fragen nach der dinglichen Rechtslage und der Erbenstellung werden historisch geprüft)
- **Strafbarkeit (TB) im Strafrecht begründen**
 - Man fragt sich an den Gesetzestext heran:
 - Welches Rechtsgut ist betroffen?⁹⁹
 - Individualrechtsgüter
 - Person
 - Eigentum und Vermögen
 - Universalrechtsgüter
 - Vielzahl an Beteiligten?

⁹⁷ Seiler in: Staudinger/Eckpfeiler 2012, S. 1123, Kap. U., Rdnr. 12.

⁹⁸ Bei den nachfolgenden Prüfungspunkten handelt es sich um den prominenten Anspruchsaufbau von Dieter Medicus, aus: *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 24. Aufl. (2013), S. 1-11, Rdnr. 1-23. Die Bezifferung von 1.) - 5.) verdeutlicht, dass die Quellen möglicher Anspruchsgrundlagen zweckmäßigerweise in der festen Reihenfolge zu durchdenken sind. Auf diese Weise kann Zeit und Mühe gespart werden.

⁹⁹ Dieser Punkt erinnert mich daran, einen Blick in das Inhaltsverzeichnis des StGB zu werfen. Letztlich ist hier der Einstieg in die Fallbearbeitung schon durch das Inhaltsverzeichnis vorbereitet.

- Handlungseinheit oder -mehrheit?
 - Welcher Straftatbestand sieht die schärfste Strafe vor?
 - Täterschaft oder Teilnahme?
 - Erfolgs- oder Handlungsdelikt?
 - Versuch oder Vollendung?
- Ermächtigung (EGL) und Anspruchsgrundlage (AGL) im Öffentlichen Recht
 - Im öffentlichen Recht besteht die Falllösung meist aus einer Vielzahl von Teil-Prüfungsschemata, die zusammengefügt werden müssen. Um den konzeptuellen Rahmen zu erfragen bieten sich folgende Ausgangsfragen¹⁰⁰ an:
 - Wer?
 - Anspruchsteller
 - Will was?
 - Abwehr-, Leistungs- oder Feststellungsbegehren
 - Normen, VA oder sonstige Maßnahmen
 - Von wem?
 - Anspruchsgegner
 - Woraus?
 - Abwehrrnorm, subjektiv-rechtliche Anspruchsnorm, Unterlassungsanspruch, Folgenbeseitigungsanspruch
- Was macht eigentlich die Rechtsnorm aus, mit der wir Verhaltenspflichten begründen wollen?

¹⁰⁰ Der Anspruchsaufbau im öffentlichen Recht geht zurück auf *Frenz, Walter*, Öffentliches Recht, 5. Aufl. (2005).

- Bestandteile einer Rechtsnorm¹⁰¹
 - Urheber
 - Adressat
 - Tatbestand
 - Sollensanordnung: Gebot, Verbot, Erlaubnis
 - Rechtsfolge: Handlungsanweisung, Zielvorgabe oder Gestaltungsmöglichkeiten
 - Normzweck
- »Die Paragraphen der Gesetze enthalten regelmäßig nicht die ganze Norm, sondern nur Teile davon.«¹⁰²
- Annäherung an die einschlägige Rechtsnorm
 - Stufenweise fragt sich der Bearbeiter an den »Normenkatalog« heran, wobei er Schritt für Schritt den Sachverhalt und die gesuchte Rechtsfolge vergleichend im Auge behält.¹⁰³
 - Dabei ist das Recht als dogmatisches System zu erfassen:
 - [Das *äußere* System betrifft die Ordnung der Rechtssätze unter verschiedenen formalen Kriterien. Es teilt das Recht nach bestimmten Sachthemen ein:]¹⁰⁴
 - Privatrecht, Öffentliches Recht, etc.
 - Schuldrecht, Sachenrecht, Familien- und Erbrecht, Arbeitsrecht, Handelsrecht, etc.
 - materielles Recht, Prozessrecht
 - Allgemeiner Teil, Besonderer Teil
 - Das BGB folgt dem Pandektensystem (Allg. Teil, Schuldrecht, Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht) – den Gegensatz hierzu bil-

¹⁰¹ Zu den aufgeführten Normbestandteilen vgl. *Rüthers/Fischer*, Rechtstheorie, 5. Aufl. (2010), S. 104 f., Rdnr. 149.

¹⁰² *Rüthers/Fischer*, a. a. O., S. 86, Rdnr. 120.

¹⁰³ *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 10. Aufl. (2006), S. 87.

¹⁰⁴ *Rüthers/Fischer*, a. a. O., S. 94 f., Rdnr. 139 ff.

det das Institutionensystem (res, personae, actiones)

- Beim *inneren* System geht es um den Zusammenhang der Normzwecke.¹⁰⁵
 - [Die Einheit der Rechtsordnung: logische und wertungsmäßige Folgerichtigkeit (Kohärenz) sowie Widerspruchsfreiheit; zur Kohärenz: Dworkin's thesis of the single-author and the chain-novel; der adäquate Ansatz zur Interpretation der juristischen Praxis besteht darin, alle Rechtstexte als das Werk eines einzigen Autors aufzufassen.]¹⁰⁶
- Rechtssätze zusammensetzen
 - »Die Voraussetzungen einer Rechtsfolge müssen oft aus einer Vielzahl einzelner Bestimmungen entnommen und zusammengefasst werden.«¹⁰⁷
 - Bei der Bildung der einschlägigen juristischen Obersätze muss man die Rechtsordnung als eine Einheit ansehen und den systematischen Zusammenhang des Rechts beachten.
 - [Der logisch systematische Zusammenhang von Rechtsbegriffen betrifft die Fülle des im einzelnen Rechtssatz geborgenen Rechtsgedankens in seiner mannigfaltigen Bezüglichkeit auf die anderen Bestandteile des Rechts.]¹⁰⁸

¹⁰⁵ Rüthers/Fischer, Rechtstheorie, 5. Aufl. (2010), S. 96 f., Rdnr. 142.

¹⁰⁶ Die Bestandteile der Struktur sind - wie hier - häufig auch bloß Assoziativ. So bin ich etwa in Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. (2008), auf S. 443 eher zufällig auf die Ausführungen zu Dworkins Ansatz gestoßen, die Interpretation der juristischen Praxis müsse alle Rechtstexte als das Werk eines einzigen Autors auffassen. Diese Metapher gefiel mir so gut, dass ich sie unbedingt in die Struktur aufnehmen wollte und so habe ich sie schließlich in den Bereich »Recht als dogmatisches System erfassen« eingeordnet, obschon ich mir nicht sicher war, ob sie hier nicht fehl am Platze ist.

¹⁰⁷ Zippelius, Juristische Methodenlehre, 10. Aufl. (2006), S. 31.

¹⁰⁸ Engisch, Einführung in das juristische Denken, 11. Aufl. (2010), S.141.

- »Die Gesamtheit der auf einen Fall anzuwendenden Tatbestandsmerkmale muß dann aus einem ›Grundtatbestand‹ und zusätzlich (definierenden und ergänzenden) Bestimmungen konstruiert werden.«¹⁰⁹
- [Welche Norm im konkreten Fall den ›Grundtatbestand‹ (Ansatz) liefert und welche Normen ergänzende Vorschriften sind, hängt wiederum davon ab, für welche Rechtsfolge man sich interessiert (dynamische Systematik).]¹¹⁰
 - [Beispiel: § 823 I (RF: Schadensersatz), Eigentum als TBM und seinerseits als Rechtsfolge von § 958; in diesem Zusammenhang ergänzt § 249 nicht den Tatbestand von § 823 I, sondern präzisiert die Rechtsfolge]¹¹¹
- Verweisungen beachten
 - Dabei muss im Hinblick auf die Rechtsfolge auf Normen geachtet werden, welche diese präzisieren bzw. auf andere Vorschriften verweisen.
 - Verweisungen und/oder ›Umschaltnormen‹ gibt es in verschiedenen Erscheinungsformen:
 - Dynamisch¹¹²
 - Statisch¹¹³
 - *Rechtsfolgenverweisung*: In einer Rechtsnorm werden lediglich tatbestandliche Voraussetzungen aufgestellt, bezüglich der Rechtsfolge wird jedoch auf eine andere Norm verwiesen wird. Der Tatbestand der ersteren Norm muss nicht erfüllt sein

¹⁰⁹ Zippelius, Juristische Methodenlehre, 10. Aufl. (2006), S. 31.

¹¹⁰ Zippelius, a. a. O., S. 34.

¹¹¹ Zippelius, a. a. O., S. 34 f.

¹¹² Siehe Zippelius, a. a. O., S. 35.

¹¹³ Siehe ebd.

- *Rechtsgrundverweisung*: Es wird nicht nur auf die Rechtsfolge, sondern auch auf den Tatbestand (den Rechtsgrund) der anderen Norm verwiesen.
- [*Fiktion*: Die Anordnung des Gesetzes, tatsächliche oder rechtliche Umstände als gegeben zu behandeln, obwohl sie in Wirklichkeit nicht vorliegen. Rechtsfolgen, die dem Tatbestand T (1) zugeordnet sind, werden auch an den abweichenden Tatbestand T (2) geknüpft.]¹¹⁴

¹¹⁴ Siehe Zippelius, Juristische Methodenlehre, 10. Aufl. (2006), S. 35 f.

- Suchlesen¹¹⁵
 - Man muss sich die äußere Systematik der Gesetze zu Nutzen machen. Es geht immer darum, die hierarchischen Strukturen zu erkennen und zu fragen, ob es zu einem bestimmten Punkt über- oder untergeordnete Punkte gibt. Gesucht wird also innerhalb einer Gliederung (Post Its verwenden!).
- Orientierung
 - Zentraler Orientierungspunkt der Suche ist dabei das Inhaltsverzeichnis¹¹⁶
 - der Gesetzessammlung
 - des Gesetzes
 - hilfreich kann der Index der Gesetzessammlung sein¹¹⁷
 - Das Inhaltsverzeichnis lässt die Untergliederung eines Gesetzes erkennen.¹¹⁸ Der Grad der Untergliederung hängt von der konkreten Regelungsmaterie ab. Die Bestandteile eines Gesetzbuches könne sein:¹¹⁹

¹¹⁵ Diese Bezeichnung stammt von Otto Lagodny; siehe *Lagodny*, Gesetzestext suchen, verstehen und in der Klausur anwenden, 2. Aufl. (2013), S 13 ff. Auf der Suche nach Lese-techniken bin ich glücklicherweise auf Lagodnys Buch gestoßen. Seine Techniken habe ich weitestgehend in meine Struktur integriert. Vgl. hierzu den Listenabschnitt >Herstellung der rechtlichen Lösung>Rechtliche Prüfung im engeren Sinne >Auslegungslesen.

¹¹⁶ *Lagodny*, a. a. O., S 15 ff.

¹¹⁷ Merkwürdigerweise bezeichnen manche Juristen den Index eines Buches gerne als »Idiotenwiese«. Dieser Begriff ist mir in meiner Ausbildung sehr häufig begegnet und es herrschte die allgemeine Auffassung, dass derjenige, der einen Blick in den Index wirft, ein Idiot sein müsse. Während meiner reflexiven Praxis konnte ich dieses Vorurteil für mich ausräumen. So las ich etwa bei Nancy Mulvany: »An index is a structured sequence - resulting from a thorough and complete analysis of text - of synthesized access points to all the information contained in the text. The structured arrangement of the index enables users to locate information efficiently.«; *Mulvany*, Indexing Books, 2nd ed. (2005), S. 8. So lernte ich den Index als ein wertvolles Werkzeug im Umgang mit Komplexität zu schätzen und stellte fest, dass derjenige, der versteht mit ihm umzugehen, einen entscheidenden Vorteil gegenüber dem Idioten hat, der den Index als seine Wiese bezeichnet.

¹¹⁸ *Lagodny*, a. a. O., S 28 ff.

¹¹⁹ Hier finden sich Spuren meiner Reflexion über eine Möglichkeit, wie ich mich in einer stressigen Situation sicher in einem Gesetz zurecht finden kann. Gesetze sind nicht standardmäßig untergliedert sondern nach Umfang und Bedarf, doch lässt die Art und Weise der Gliederung stets Rückschlüsse auf die Gesetzessystematik zu. Daher war es für mich

- I) Gesetz
 - II) Teil/Buch
 - III) Abschnitt
 - IV) Titel
 - V) Untertitel
 - VI) Kapitel
 - VII) Unterkapitel
 - VIII) Paragraph
 - IX) Absatz
 - X) Satz
 - XI) Satzteil/ Halbsatz
 - XII) Begriff/Wort
- Suchregeln
 - Gliederungsebenen hinabschreiten¹²⁰
 - [Die Suche hat immer von der höchsten (=allgemeinsten) Gliederungsebene zu den tieferen (spezielleren) Gliederungsebenen zu erfolgen. Gliederungsebenen werden »hinabgeschritten«.]¹²¹
 - [Das Hinabschreiten der Gliederungsebenen erfordert, dass man zumindest vom Grobinhalt der übergeordneten Ebene eine ungefähre inhaltliche Vorstellung hat.
 - Was ist in dem Gesetz enthalten? Was ist in dem Abschnitt enthalten? Was ist in der Norm enthalten? Etc.]¹²²

sehr hilfreich, mir über die abstrakten Gliederungselemente Klarheit zu verschaffen. Zu den Strukturelementen des StGB siehe *Lagodny*, Gesetzestext suchen, verstehen und in der Klausur anwenden, 2. Aufl. (2013), S 29.

¹²⁰ Diese Suchtechnik von *Lagodny* (siehe *Lagodny*, a. a. O., S. 40) ist eng verknüpft mit der Vorstellung, wie man ein Gesetz zur Hand nimmt und die Vorschriften mit einer bestimmten Blickbewegung liest (von oben nach unten, von links nach rechts).

¹²¹ *Lagodny*, a. a. O., S 40.

¹²² Ebd.

- Eins vor und eins zurück¹²³
 - Hat man eine möglicherweise einschlägige Gliederungsebene (Abschnitt/Titel/Norm/Absatz/Satz) gefunden, dann sollte man immer noch die unmittelbar vorausgehende und die unmittelbar nachfolgende Ebene anschauen, um eventuell einen anderen Gesichtspunkt zu finden, der im konkreten Fall sogar näher liegen könnte.
 - Grund für diese Regel ist, dass die Struktur des Gesetzes grundsätzlich in Bezug zu der geregelten Sachmaterie steht.
- Gliederungsebenen auf möglichst hoher Stufe ausscheiden¹²⁴
 - Ökonomisches Arbeiten: Offensichtlich nicht einschlägige Bereiche schaut man sich erst gar nicht an.
- Gegebenenfalls den Suchraum erweitern¹²⁵
 - Wenn man auf einer Gliederungsebene nicht weiterkommt, muss man eine Ebene höher erneut ansetzen.

¹²³ Eine weitere Technik von Lagodny und auch hier kann man sich sehr gut die tatsächliche Bewegung des Blickes vorstellen (eins vor, eins zurück); *Lagodny*, Gesetzestext suchen, verstehen und in der Klausur anwenden, 2. Aufl. (2013), S. 40.

¹²⁴ Ebd.

¹²⁵ Ebd.

- ¶ Mögliche Bestandteile der Lösung benennen, ordnen, strukturieren und schließlich die Probleme kennzeichnen¹²⁶
 - Merke! Ein Sachgedanke kann auf verschiedene Weise rechtlich relevant sein: »Eine an einer Stelle (zutreffend) aufgegriffene und (zutreffend) zurückgewiesene Überlegung ist nicht notwendig erledigt, sie kann an anderer Stelle im System erneut relevant werden.«¹²⁷
 - Beispiel: Im Strafrecht sind solche Umschaltungen besonders häufig von objektiv zu subjektiv oder von Rechtfertigung zu Schuldausschluss.¹²⁸
 - ¶ Wechselwirkung mit »In Betracht kommende Bestandteile der Lösung benennen, ordnen, strukturieren«
- ¶ Rechtliche Prüfung im engeren Sinne
 - Grundsätzliches im Hinterkopf bewahren
 - Wechselbezüglichkeit zwischen Tatumsständen und Rechtssatz¹²⁹
 - Der Rechtsanwender sieht sich stets mit mehreren Texten konfrontiert: Sachverhaltstexten, Gesetzestexten und ergänzenden Texten der Fachliteratur. Diese Texte müssen zueinander in Beziehung gesetzt werden.

¹²⁶ Diesen Arbeitsschritt habe ich ebenfalls aus Hafts Ausführungen zur Vorbereitung der Niederschrift der rechtlichen Lösung entnommen; vgl. *Haft*, Juristische Rhetorik, 8. Aufl. (2009), S. 23 f. Ich versuchte an dieser Stelle die Rekursivität der Arbeitsschritte abzubilden (»erneut«). Mit zunehmendem Erkenntnisgewinn werden auch die Notizen entsprechend überarbeitet.

¹²⁷ Arzt, Die Strafrechtsklausur, 7. Aufl. (2006), S. 118.

¹²⁸ Ebd.

¹²⁹ Hier lässt sich wieder der Charakter der Struktur als ein Arbeitsmittel nachvollziehen. So wollte ich den Inhalten zur Subsumtion und Auslegung einige Hintergrundinformationen voranstellen, die mich das Hin und Her zwischen Norm und Sachverhalt besser nachvollziehen lassen sollten. Allerdings blieb dieser Abschnitt in einem Stadium der Vorüberlegungen stecken. Im Nachhinein erscheint es mir, als hätte ich hier den Bezug zur rechtlichen Prüfung im engeren Sinne verloren.

- Rechtsanwendung umfasst auch, verschiedenste Texte zusammenzulesen und zusammenzuschreiben; Rechtsmethode gibt Anweisungen dazu, wie.
- Die Methode muss es ermöglichen, einen Fall so anzugehen, dass alle für die Entscheidung relevanten Aspekte erkannt und zu Gehör gebracht werden.¹³⁰
- [Ein sozialer Konflikt muss originär auf angemessene Weise behandelt werden können, durch Ordnung aller relevanten Argumente, Gewichtung, Bewertung, Abwägung und endlich Entscheidung. Dabei muss das Gesetz und seine dogmatische Ergänzungen berücksichtigt werden.]¹³¹
- Das Gesetz ist hier nur ein Hilfsmittel.¹³²
- Wertpositionen müssen rational aufgebaut, dargestellt und begreifbar gemacht werden.¹³³
- **Verhältnis von Fakten und Norm**
 - Die konkreten Tatumstände bestimmen, in welche Richtung die Auslegung der Norm fortschreitet.¹³⁴
 - Andererseits ist die ausgelegte Norm dafür maßgebend, welche Tatumstände sich schließlich als relevant herausstellen – sind die Voraussetzungen einer Norm nicht erfüllt oder schlicht tatsächlich nicht gegeben, lässt sich die zu begründende Verhaltenspflicht nicht rechtfertigen.¹³⁵
- **Unterscheidung von Rechts- und Tatfragen**
 - Alle Fragen, die sich mit dem Obersatz des juristischen Schlusses befassen, sind *Rechtsfragen*.¹³⁶
 - Zu ihnen gehört nicht nur die Auslegung des gesetzlichen Tatbestands, sondern auch dessen

¹³⁰ Vgl. Haft, Juristische Rhetorik, 8. Aufl. (2009), S. 12.

¹³¹ Haft, a. a. O., S. 13 f.

¹³² Haft, a. a. O., S. 9.

¹³³ Vgl. Haft, a. a. O., S. 21.

¹³⁴ Zippelius, Juristische Methodenlehre, 10. Aufl. (2006), S. 89.

¹³⁵ Ebd.

Vervollständigung und Präzisierung durch ergänzende Rechtsnormen.¹³⁷

- Der anzuwendende Obersatz wird – noch vor der Subsumtion – im Hinblick auf den tatsächlichen Sachverhalt erwogen und präzisiert.
- *Tatfrage* ist es, ob konkrete Tatsachen vorliegen und dem präzisierten Rechtssatz unterfallen.¹³⁸
- **Rechts- und Sachprobleme**
 - Rechts- und Sachprobleme können nicht scharf getrennt werden.¹³⁹ Die sachlichen und rechtlichen Probleme des Einzelfalls beeinflussen sich wechselseitig.
 - *Rechtsproblem* in diesem Kontext ist die schwierige, meist strittige Auslegung einer Norm in Grenzfällen (welche immer in gleichgelagerten Fällen erörtert werden müsste).
 - *Sachverhaltsprobleme* sind dagegen solche, bei denen es darum geht, eine in ihrer Auslegung unproblematische Rechtsvorschrift auf einen Sachverhalt anzuwenden.¹⁴⁰ Dabei handelt es sich um die Fähigkeit, abstraktes (Grundlagen-)Wissen in dem konkreten Fall wiederzuerkennen.¹⁴¹
- **Auslegung oder Subsumtion?**¹⁴²
 - Terminologie:
 - *Subsumierbarkeit*: Lässt sich überhaupt irgendeine sinnvolle Beziehung zwischen Rechtsnorm und Sachverhalt herstellen?
 - *Auslegung*: heißt, die Voraussetzungen der Norm als vollständigen und konkretisierten juristischer

¹³⁶ Zippelius, Juristische Methodenlehre, 10. Aufl. (2006), S. 91.

¹³⁷ Ebd.

¹³⁸ Ebd.

¹³⁹ Arzt, Die Strafrechtsklausur, 7. Aufl. (2006), S. 71.

¹⁴⁰ Ebd.

¹⁴¹ Arzt, a. a. O., S. 77 f.

¹⁴² Dieser Unterpunkt beruht auf dem Unterkapitel ›§ 16 II. Konkretisierung: Auslegung oder Subsumtion?‹ bei Zippelius, a. a. O., S. 97-99.

- Obersatz aufzubereiten um eben diese Frage beantworten zu können.
- *Subsumtion (im eigentlichen Sinne)*: den im Wege der Auslegung aufbereiteten Voraussetzungen der Norm werden schließlich die jeweils in Frage kommenden Sachverhaltsumstände zugeordnet.
 - »Der Sachverhalt und die Frage der Subsumierbarkeit geben den Anstoß dazu, den Bedeutungsumfang der Norm – im Hinblick auf den konkreten Sachverhalt – zu erwägen und zu präzisieren.«¹⁴³
 - Die Subsumierbarkeit führt über die problematischen Stellen des Einzelfalles (»Problematisch ist hier, dass ...«) hin zur Auslegung (»Was bedeutet in diesem Kontext fremd?«).
 - [Es vollzieht sich eine Präzisierung der Rechtsnorm mit Bezug auf die vorhandene Lebenswirklichkeit: in einem Hin- und Herwandern des Blicks zwischen Norm und dem von der Norm betroffenen Sachverhalt.]¹⁴⁴
 - [Der Geltungsbereich der Norm wird mit Blick auf die intendierte gerechte Lösung des konkreten Falls näher bestimmt.]¹⁴⁵
 - Daraus folgt, dass sich Subsumtion und Auslegung nicht randscharf abgrenzen lassen; denn dort, wo der Rechtssatz zum ersten Mal mit dem konkreten Fall in Verbindung gesetzt wird, also auf seine Subsumierbarkeit hin geprüft wird, handelt es sich strenggenommen schon um eine vorweggenommene Subsumtion.
 - Auslegungsnotwendigkeit = Die Subsumierbarkeit eines Sachverhalts unter einen Rechtssatz beantwortet die Frage, in welchem Ausmaß eine Auslegung überhaupt

¹⁴³ Zippelius, Juristische Methodenlehre, 10. Aufl. (2006), S. 98.

¹⁴⁴ Ebd.

¹⁴⁵ Ebd.

erforderlich ist: was sich feststellen lässt, muss nicht ausgelegt werden.

- »Die Auslegung liefert nicht nur das Vergleichsmaterial für die Subsumtion, sondern auch die Beziehungspunkte für den Vergleich.«¹⁴⁶
- Das eigentliche Problem liegt nämlich darin, dass bei jeder wirklich neuen Subsumtion der zu subsumierende Fall von den bisher der Klasse des juristischen Begriffs zugeordneten Fälle irgendwie abweicht; daher ist die Frage immer, ob diese Abweichung wesentlich ist.¹⁴⁷
 - Aus dem juristischen Allgemeinplatz ›Es kommt darauf an‹ entspringt die einzig wichtige juristische Frage: ›Worauf kommt es eigentlich an?‹.
 - Diese Frage beantworten Auslegung und Subsumtion in Ihrem Grenzbereich.
- Nach der Auslegung ist die eigentliche Subsumtion nur noch eine Trivialität!¹⁴⁸
- Fachgerechtes juristisches Strukturieren
 - Deduktive Begründungsstruktur
 - [Die deduktive Begründungsstruktur, welche die Benennung von Prämissen im Sinne hinreichender Bedingungen für eine Subsumtion erfordert, verhilft der Entscheidungsbegründung zu einer Struktur, die allein durch ihre Form den Inhalt der Entscheidung lenkt.]¹⁴⁹
 - vollständig
 - wesentlich
 - ausreichend begründet
 - folgerichtig

¹⁴⁶ Engisch, Einführung in das juristische Denken, 11. Aufl. (2010), S. 107.

¹⁴⁷ Engisch, a. a. O., S. 106 f.

¹⁴⁸ Zippelius, Juristische Methodenlehre, 10. Aufl. (2006), S. 98.

¹⁴⁹ Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. (2008), S. 153.

- Die Prämissen, aus denen die Rechtsfolge abgeleitet werden soll, müssen vollständig benannt werden.¹⁵⁰
- [Jedes einzelne Tatbestandsmerkmal, das nicht ohne weiteres eine semantischen Interpretation zugänglich (¶ Methoden zur Auslegung/Wortlaut) ist, muss dazu in einem deduktiven Nebenschema so aufbereitet werden, dass es subsumtionsfähig wird.]¹⁵¹
- Diese Aufbereitung der Prämissen ist kein logischer Vorgang – hier haben die verschiedenen Verfahren der juristischen Methodik ihren Platz.¹⁵²
- **Strukturdenken**
 - Strukturdenken erhält den sachlogischen Vorrang vor dem Subsumtionsdenken, denn die Struktur stellt die Weichen für die Subsumtion.¹⁵³
 - Hierarchische Begriffsstrukturen¹⁵⁴
 - Begriffsentfaltung (Definition)
 - Sachverhaltsstrukturen¹⁵⁵
 - Personen- und Sachverhältnisse
 - Arbeitsstrukturen¹⁵⁶
 - Ablaufplan der Prüfung (Schema)
- **Anforderungen an Strukturen und Schemata**
 - Vollständigkeitspostulat
 - Strukturen müssen alle in Betracht kommenden Möglichkeiten berücksichtigen – auch wenn sie letztlich bloß ausgeschlossen werden.¹⁵⁷

¹⁵⁰ Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. (2008), S. 153.

¹⁵¹ Ebd.

¹⁵² Ebd.

¹⁵³ Haft, Juristische Rhetorik, 8. Aufl. (2009), S. 40.

¹⁵⁴ Hierzu Haft, a. a. O., S. 41.

¹⁵⁵ Hierzu Haft, a. a. O., S. 42 f.

¹⁵⁶ Hierzu Haft, a. a. O., S. 43.

¹⁵⁷ Haft, a. a. O., S. 44.

- [Dabei müssen die Strukturen kompatibel bleiben, d.h. dass sie trotz Vollständigkeit einfach bleiben müssen – eine Vielzahl von Teilstrukturen bildet ein kohärentes Gesamtbild.]¹⁵⁸
- Logisch richtige Reihenfolge der Prüfungsschritte¹⁵⁹
 - »Bei einem Prüfungsschritt darf nichts vorausgesetzt werden, was nicht schon geprüft worden ist oder gemäß der Aufgabenstellung nicht geprüft werden soll.«¹⁶⁰
- Die Prüfung sollte bestenfalls ohne interne Verweisungen auskommen.
- Halte, was Du versprichst/Hüte Dich davor, Erwartungen zu enttäuschen.
 - Was angekündigt wird, muss auch geschrieben werden.
- Standardisierte Lösungsmuster immer einhalten soweit möglich (§ Aufbauprobleme).
- [Korrespondenzen dürfen nicht gestört werden; gelegentlich muss auf korrespondierende Ausführungen in einem anderen Block der Darstellung verwiesen werden; Details jedoch nur dort, wo sie zu erwarten sind.]¹⁶¹
 - Bei Erörterung der Zulässigkeit wird grds. nichts zur Begründetheit geschrieben.
 - Im Zusammenhang mit der Begründetheit wird grds. nichts zur Zulässigkeit geschrieben.

¹⁵⁸ Haft, Juristische Rhetorik, 8. Aufl. (2009), S. 45.

¹⁵⁹ Vgl. Puppe, Kleine Schule des juristischen Denkens, 2. Aufl. (2011), S. 214.

¹⁶⁰ Puppe, a. a. O., S. 215.

¹⁶¹ Puhle, Jus 1989, 203 (205).

- In der Beweiswürdigung wird grds. nichts zur rechtlichen Würdigung geschrieben.
 - [Keine Prüfung darf wiederholt werden; taucht die gleiche Rechtsfrage in einem anderem Zusammenhang wieder auf, so ist auf die vorhergehende Prüfung zu verweisen.]¹⁶²
 - Grundsatz der Folgerichtigkeit
 - [Ökonomie und Universalität:
 - Der sicherste, einfachste und kürzeste Wege zur Lösung ist stets der Beste.]¹⁶³
- Mit Obersätzen Struktur schaffen
 - Obersätze strukturieren die rechtliche Lösung und müssen daher immer besonders sorgfältig formulierte werden. Dies gilt umso mehr für die praktischen Entwürfe, in denen keine Überschriften verwendet werden dürfen.
 - In diesem Fall (bspw. in einem Instanzurteil) sind Obersätze wichtige Orientierungspunkte für den kundigen Leser (Jurist, aber auch Korrektor)
 - Obersätze müssen rechtsfolgenorientiert gebildet werden.¹⁶⁴
 - Es muss die begehrte Rechtsfolge bezeichnet werden.¹⁶⁵
 - Der Obersatz nimmt daher gewissermaßen schon das Ergebnis der juristischen Vorüberlegungen vorweg.
 - Im Regelfall muss dabei eine konkrete Rechtsnorm genannt werden, aus welcher sich diese Rechtsfolge ergibt.¹⁶⁶

¹⁶² Puppe, Kleine Schule des juristischen Denkens, 2. Aufl. (2011), S. 217.

¹⁶³ Puppe, a. a. O., S. 218 f.

¹⁶⁴ Hierzu insgesamt Kuhn, Jus 2008, 956-960.

¹⁶⁵ Vgl. Kuhn, a. a. O., 956.

- Nicht wenige Normen haben das Potenzial mehrere Rechtsfolgen begründen zu können; daher muss stets die entscheidungsrelevante Rechtsfolge herausgearbeitet werden – dass die Norm noch weitere, nicht einschlägige Rechtsfolgen bedingen könnte, sofern noch weitere Voraussetzungen erfüllt werden würden, spielt dann für die Fallbearbeitung keine Rolle und muss sogar außer Acht gelassen werden.
- Stets muss der konkrete Bezug zum Fall bewahrt werden.
 - Soweit erforderlich: Maßnahmen, Beteiligte etc. sollten genau bezeichnet werden.
 - Im Obersatz sollten grds. keine Tatsachen aus dem Sachverhalt zitiert werden.¹⁶⁷
 - Sonst besteht die Gefahr, dass Prämisse und Subsumtion vermischt werden.
 - Dies gilt nicht, wenn es nur durch die Nennung der zur Prüfung Anlass gebenden Tatsachen klar wird, auf welchen Sachverhaltsabschnitt sich der Obersatz bezieht.¹⁶⁸
- Die Voraussetzungen für den Eintritt der Rechtsfolge sollten nicht schon im Obersatz genannt werden.¹⁶⁹
- Die Rechtsfolge ist in den meisten Fällen direkt aus dem Gesetz abzulesen.

¹⁶⁶ Vgl. Kuhn, Jus 2008, 956 (957).

¹⁶⁷ Ebd.

¹⁶⁸ Ebd.

¹⁶⁹ Kuhn, Jus 2008, 956 (957).

- ›Aufbauprobleme‹
 - [Es gibt keine Aufbauprobleme! Es gibt nur Sachfragen. Ungenügendes Sachwissen verführt zur Beschäftigung mit Aufbau-Scheinproblemen.]¹⁷⁰
 - Leitsätze für den Umgang mit vermeintlichen Aufbauproblemen:
 - [Systematische Grundfrage gehören nicht in die Falllösung.
 - Das Klammern an Schemata kann zu Erörterung unnötiger Fragen führen.
 - Es gibt nur wenige wirklich zwingende Aufbauregeln]¹⁷¹

¹⁷⁰ Arzt, Die Strafrechtsklausur, 7. Aufl. (2006), S. 177.

¹⁷¹ Ebd.

- ¶ Auslegungslesen¹⁷²
 - Grundlegendes
 - Kann der konkrete Einzelfall unter die abstrakten Voraussetzungen der Norm fallen?¹⁷³ Mit dem Auslegungslesen kann das Lesen von weiteren juristischen Quellen verknüpft werden:
 - Kommentar¹⁷⁴ (¶ den Kommentar lesen)
 - Zeitschrift
 - Urteil
 - Im Kern geht es bei der Rechtsanwendung um die ›Relationierung‹ verschiedener Texte.
 - Clusterstrukturen, Skizzen und Brainstorming helfen in dem Gewirr von unbekannten Normkomplexen den Überblick zu behalten.
 - Lesen, Strukturieren und Portionieren des Wortlauts
 - Wer lesen kann, ist klar im Vorteil, doch nur wer das Gelesene auch versteht, kann es auch zu seinem Vorteil nutzen.¹⁷⁵

¹⁷² Das Lesen von Normen wird schon nach den ersten Semestern an der Universität derart selbstverständlich, dass man nicht mehr darüber nachdenkt. Fehler, die in diesem frühen Stadium gemacht werden, bleiben in aller Regel unentdeckt, da man eher versucht ist, die Schwierigkeiten einem mangelnden theoretischen und methodischen Verständnis zuzuweisen. Das systematische Lesen von Normtexten hat mir zu einer erheblichen kognitiven Entlastung verholfen. Siehe: *Lagodny*, Gesetzestext suchen, verstehen und in der Klausur anwenden, 2. Aufl. (2013), S. 41-178.

¹⁷³ *Lagodny*, a. a. O., S. 41.

¹⁷⁴ Dieser Inhalt macht für sich genommen keinen Sinn. An dieser Stelle finden sich vielmehr Spuren meiner Überlegung zum systematischen Lesen insgesamt. Nachdem ich Lesetechniken für den Normtext gefunden hatte, wollte ich Vergleichbares auch für Kommentare und Urteile zusammenstellen. Ich wollte schneller, die wesentlichen Informationen finden, den Suchen kostet Zeit und vor allem Kraft. Gerade das Lesen von Kommentierungen hat mich eher verwirrt, als mir entscheidend weiterzuhelfen. Das änderte sich durch eine systematischen Auseinandersetzung mit Inhalt und Gestaltung der Praxiskommentare.

¹⁷⁵ Immer wieder begegnen uns in der Liste ›Parolen‹ wie diese. Sie dienen mir als Merksätze und - wie hier - als Erklärung, warum ich mich vertieft mit einem Arbeitsschritt auseinandersetzen sollte.

- Identifiziere den Sinngehalt der Norm
 - Zunächst wird festgestellt, wie viele Haupt- und Nebensätze die Norm bzw. der Absatz enthält.¹⁷⁶
 - [Ein einfacher Satz beruht auf einem einzigen Prädikat. Ein zusammengesetzter Satz besteht aus mehreren Teilsätzen, von dem jeder sein eigenes Prädikat aufweist. Bei Unterordnung erfüllt ein Teilsatz eine syntaktische Funktion gegenüber einem übergeordneten Satz.]¹⁷⁷
 - [Ein Hauptsatz ist ein Teilsatz, der keinem anderen Teilsatz untergeordnet ist. Ein Nebensatz ist ein Teilsatz, der von einem anderen Teilsatz abhängt, diesem untergeordnet ist.]¹⁷⁸
 - »Nebensätze können unterschiedliche Stellungen innerhalb des Satzgefüges einnehmen.«¹⁷⁹
 - [Jeder Satz wird dann nach dem Muster: Subjekt – Prädikat – Objekt analysiert. Grundsätzlich lässt sich ein Satz immer am besten von seinem Prädikat her entflechten.]¹⁸⁰
- Den Norminhalt für die konkrete juristische Prüfung aufbereiten
 - Portionieren und Strukturieren des Norminhalts¹⁸¹
 - Die Reihenfolge bestimmt sich nach den Anforderungen an ein juristisches Prüfungsschema, nämlich Kohärenz, Folgerichtigkeit und Vollständigkeit.
 - Wer?

¹⁷⁶ Vgl. Lagodny, Gesetzestext suchen, verstehen und in der Klausur anwenden, 2. Aufl. (2013), S. 56.

¹⁷⁷ Duden, Die Grammatik, 8. Aufl. (2009), S. 1019, Rdnr. 1633.

¹⁷⁸ Ebd.


¹⁷⁹ Duden, a. a. O., S. 1019, Rdnr. 1636.

¹⁸⁰ Lagodny, a. a. O., S. 56.

¹⁸¹ Lagodny, a. a. O., S. 55 ff.

- Wo?
 - Wie?
- Wenn ich einen Gesetzestext analysiere, muss ich zwischen die Gliederungsebene ›Satz‹ und die Gliederungsebene ›Wort‹ noch eine Zwischenebene einfügen, nämlich die Ebene ›Satzteile‹.¹⁸²
- [Verbindungswörter erkennen und ihre Funktion verstehen]
 - Die Beziehung von mehreren Tatbestandsvoraussetzungen und Tatbestandsvarianten innerhalb der selben Norm (vgl. hierzu beispielhaft § 315 b)
 - das ›Und‹ (Kumulativ)
 - das ›Oder‹
 - Alternativ ≈ Es geht darum, zwei Sachbereiche voneinander zu unterscheiden.
 - Das ›satzinterne Oder‹ verbindet zwei Satzteile.
 - Bsp.: »... einem Auge oder beiden Augen«.
 - Das ›satzverbindende Oder‹ verbindet zwei aufeinanderfolgende Nebensätze und weist deutlicher auf zwei juristisch voneinander zu unterscheidende Sinneinheiten, wie etwa Tatbestandsvariationen hin.

¹⁸² *Lagodny*, Gesetzestext suchen, verstehen und in der Klausur anwenden, 2. Aufl. (2013), S. 56.

- Bsp.: »Eine Tat ist an dem Ort begangen, an dem der Täter gehandelt hat oder im Falle des Unterlassens hätte handeln müssen.«¹⁸³
 - Verweise im Gesetz erkennen und qualifizieren
 -  Zusammengesetzter Rechts-satz/Verweisungen beachten
- Umfangreiche Normtexte auf das Wesentliche reduzieren
 - Regelungsgegenstand identifizieren
 - Überschriften (amtliche oder {nicht amtlich}) helfen¹⁸⁴
 - Variationen, Beispiele, Aufzählungen und Verweise ausblenden.¹⁸⁵
 - Regelungsbestandteile identifizieren:
 - Normen unterscheiden zwischen Voraussetzungen und Rechtsfolgen, *ohne* dass diese Elemente von einer bestimmte Anordnung im Satzgefüge abhängig wären.¹⁸⁶
- [Textbausteine des Gesetzgebers erkennen
 - in der Regel« =
 - »kann« = Ermessen
 - »ist zu« / »hat« / »wird« = gebundene Entscheidung
 - »es sei denn« = Beweislastumkehrung

¹⁸³ Lagodny, Gesetzestext suchen, verstehen und in der Klausur anwenden, 2. Aufl. (2013), S. 81-89.

¹⁸⁴ Vgl. Lagodny, a. a. O., S. 62.

¹⁸⁵ Lagodny, a. a. O., S. 72 ff.

¹⁸⁶ Vgl. Lagodny, a. a. O., S. 57.

- ›im Zweifel‹ = Auslegungsregel
- ›nur‹ = Ausschließlichkeit
- ›insbesondere‹ = Übertragbarkeit
- ›soweit‹ = Rechtsfolge auch teilweise]¹⁸⁷
- ...¹⁸⁸
- Hilfestellungen im Gesetz nutzen (lies zum Beispiel §§ 308, 309 BGB)
 - Legaldefinitionen¹⁸⁹
 - Überschriften¹⁹⁰
 - grafische Gestaltung der Vorschriften¹⁹¹
 - Zwischenüberschriften innerhalb von Aufzählungen¹⁹²
- Fragen an den Gesetzestext stellen¹⁹³
 - [Welchen Lebenssachverhalt regelt die Norm (Normalfall bilden)?
 - Was ist der wesentliche Regelungsgehalt der Norm?
 - Warum gibt es diese Vorschrift bzw. was wäre wenn es diese Vorschrift nicht geben würde?
 - Wozu schweigt die Norm?]¹⁹⁴
 - Mit welchen Regelungen steht die Norm in Zusammenhang/Konflikt?

¹⁸⁷ Zu diesem Punkt und den genannten Beispielen: *Lagodny*, Gesetzestext suchen, verstehen und in der Klausur anwenden, 2. Aufl. (2013), S. 110 ff.

¹⁸⁸ Hier habe ich für mich markiert, dass die Beispiele nicht abschließend sind und gegebenenfalls weitere Textbausteine eingepflegt werden können (und sollten).

¹⁸⁹ *Lagodny*, a. a. O., S. 52 ff.

¹⁹⁰ *Lagodny*, a. a. O., S. 62.

¹⁹¹ *Lagodny*, a. a. O., S. 71 f.

¹⁹² *Lagodny*, a. a. O., S. 78 f.

¹⁹³ Dieser Arbeitsschritt beruht auf einer Kombination von *Lagodny*, a. a. O., S. 128 und *Haft*, Juristische Rhetorik, 8. Aufl. (2009), S. 48 ff.

¹⁹⁴ *Lagodny*, a. a. O., S. 128.

- ¶ Auslegung
 - Auslegungsnotwendigkeit feststellen
 - Was klar und offensichtlich ist, muss nicht im Wege der Auslegung aufbereitet werden. Wo die Auslegung nicht notwendig ist, wird entweder überhaupt nichts gesagt oder der Vollständigkeit halber festgestellt (¶ Weitere Stilformen/Feststellung).
 - Auslegung erforderlich wenn:
 - Gesetzeswortlaut nicht eindeutig ist,
 - wenn Begriffe der Norm Wertungen umfassen
 - das Gesetz lückenhaft ist,
 - der klare Wortlaut den Zweck des Gesetzes verfehlt.
 - Ziel der Auslegung
 - [Die Auslegung muss den Inhalt und Umfang der Rechtsbegriffe vergegenwärtigen (Intension und Extension).
 - Die Feststellung der Intension erfolgt durch Definitionen, also durch Anführung von Begriffsmerkmalen.
 - Die Extension von Rechtsbegriffen wird durch Anführung von Beispielen und Fallgruppen abgebildet.¹⁹⁵
 - Ziel ist es, den vollständigen juristischen Obersatz zu gewinnen – »Die Vervollständigung des Obersatzes reicht dabei von Fall zu Fall so weit, wie es für die Beurteilung des Sachverhalts erforderlich ist.«¹⁹⁶
 - (¶ Obersätze und Strukturierung)
 - »[Durch] die Auslegung werden zwischen den unmittelbar dem Gesetz zu entnehmenden juristischen Obersatz und die Entscheidung des Falls nicht bloß ein Untersatz,

¹⁹⁵ Bei diesem Punkt handelt es sich um eine Kombination von Inhalten von Engisch sowie von Röhl und Röhl: Zur Auslegung der Rechtsbegriffe siehe *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 11. Aufl. (2010), S. 126 und zur Intension und Extension *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. (2008), S. 29.

¹⁹⁶ *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 11. Aufl. (2010), S. 117.

sondern deren mehrere eingeschoben, die die Subsumtion erleichtern.«¹⁹⁷

- Begriffe im Recht

- In verschiedener Art und verschiedenem Maße ist der Rechtsanwender durch das ›Billigkeitsrecht‹, das ›ius aequum‹, das in den unbestimmten und normativen Begriffen, in den Ermessens- und Generalklauseln steckt, dazu berufen, nicht bloß durch Auslegung und Subsumtion, sondern auch durch Wertungen und Willensentscheidungen das Recht im Einzelfall zu finden.¹⁹⁸
- Unbestimmter Rechtsbegriff
 - Inhalt und Umfang weitgehend ungewiss; verschiedenen Interpretationen zugänglich, daher im Wege der Auslegung aufzubereiten.
 - Sowohl normative Begriffe als auch deskriptive Begriffe.
 - Gerichtlich voll überprüfbar (nicht bei Beurteilungsspielraum).
- Deskriptive Begriffe
 - Begriffe, die Wahrnehmung ›beschreibend‹ zum Ausdruck bringen.
 - [Dadurch charakterisiert, dass ein Satz, in dem er auf einen Fall angewandt wird, wahr oder falsch ist; ein deskriptiver Begriff bezeichnet also Tatsachen.]¹⁹⁹
 - (P) auch ein Satz, der ein Recht oder ein Rechtsverhältnis bezeichnet, ist wahr oder falsch.²⁰⁰
- Normative Begriffe
 - Es bedarf stets einer rechtlichen Wertung, um einen normativen Begriff im Einzelfall zur Anwendung zu bringen.²⁰¹

¹⁹⁷ Engisch, Einführung in das juristische Denken, 11. Aufl. (2010), S. 124 f.

¹⁹⁸ Vgl. Engisch, a. a. O., S. 227 f.

¹⁹⁹ Puppe, Kleine Schule des juristischen Denkens, 2. Aufl. (2011), S. 27.

²⁰⁰ Puppe, a. a. O., S. 28.

- Normative Begriffe sind im Gegensatz zu deskriptiven Begriffen stärker unbestimmt.
- Vage und unbestimmte Begriffe sind nicht mit normativen Begriffen gleichzusetzen.²⁰²
- **Wertende Begriffe**
 - Begriffe, die eine Wertung ausdrücken, indem sie sich auf das praktische Handeln beziehen und etwas darüber aussagen, wie man in der beschriebenen Situation handeln soll.²⁰³
 - »Die emotive Komponente ist das Kriterium, welches sie von bloß beschreibenden Begriffen unterscheidet.«²⁰⁴
 - Wertende Aussagen sind nicht wahr oder unwahr.²⁰⁵
 - Die Qualität eines Wertungsbegriffs ergibt sich aus der vollständigen Berücksichtigung aller relevanten Gesichtspunkten des Einzelfalls.²⁰⁶
- **Klassenbegriffe**
 - Drücken die Zugehörigkeit eines Gegenstandes zu einem Gegenstandsbereich (Klasse) aus. Sie werden definiert durch die Angabe von Merkmalen, die für seine Erfüllung im Einzelfall notwendig und hinreichend sind.²⁰⁷
 - [konjunktive Definition: »und«
 - je allgemeiner und merkmalsärmer die konjunktive Definition, je größer ihr Anwendungsbereich
 - disjunktive Definition: »oder«

²⁰¹ Engisch, Einführung in das juristische Denken, 11. Aufl. (2010), S. 197.

²⁰² Vgl. Puppe, Kleine Schule des juristischen Denkens, 2. Aufl. (2011), S. 28.

²⁰³ Puppe, a. a. O., S. 30.

²⁰⁴ Ebd.

²⁰⁵ Puppe, a. a. O., S. 31

²⁰⁶ Puppe, a. a. O., S. 31 f.

²⁰⁷ Puppe, a. a. O., S. 42.

- zweifelhafte Varianten können weggelassen werden]²⁰⁸
- **Typusbegriffe**
 - Die Zuordnung zu einem Typus wird nach charakteristischen Merkmalen vorgenommen, welche nicht alle vollständig erfüllt sein müssen.
 - »In je höherem Maße ein abstufbares Begriffsmerkmal im Einzelfall erfüllt ist, in desto geringerem Maße muss ein anderes abstufbares Merkmal erfüllt sein oder desto weniger von den übrigen disjunktiven Merkmalen erfüllt sein.«²⁰⁹
 - Am Ende muss die Frage, ob ein Typusbegriff gegeben ist, mit Ja oder Nein beantwortet werden.²¹⁰
 - Bsp.: Besitz
- **Zuschreibende Begriffe**
 - [Aufgrund der Feststellung eines Sachverhalts wird ein anderer angenommen (zuschrieben)
 - unter der Herausarbeitung von bestimmten festgelegten tatsächlichen Voraussetzungen wird der betroffene Sachverhalt so behandelt, als seien bestimmte andere – regelmäßig nicht feststellbare – Tatsachen ebenfalls gegeben.]²¹¹
 - »Von den deskriptiven Begriffen unterscheiden sich die zuschreibenden Begriffe durch die Gründe, aus denen sie im Einzelfall angewendet werden.«²¹²
 - Bei den deskriptiven Begriffen sind es Indizien (Schluss von einer Tatsache auf eine andere).²¹³

²⁰⁸ Puppe, Kleine Schule des juristischen Denkens, 2. Aufl. (2011), S. 42-45.

²⁰⁹ Puppe, a. a. O., S. 45.

²¹⁰ Puppe, a. a. O., S. 49.

²¹¹ Puppe, a. a. O., S. 32 f.

²¹² Puppe, a. a. O., S. 41.

²¹³ Ebd.

- Bei den zuschreibenden Begriffen sind es Indikatoren (Schluss von einer Tatsache auf den (Rechts-)Begriff).²¹⁴
- »Ob ein Indikator oder ein Komplex von Indikatoren die Zuschreibung eines bestimmten Begriffs im Einzelfall begründet, ist eine Rechtsfrage im prozessualen Sinn.«²¹⁵
- Definitionen als Einstieg nutzen
 - Definition = Ersetzung.
 - Im Recht sind exakte Definitionen nicht erwünscht: Eine gewisse Elastizität, und damit Unbestimmtheit von Rechtsbegriffen ist notwendig, um inakzeptable Ergebnis im Einzelfall zu vermeiden.²¹⁶
 - Das Problem zu erkennen und einzugrenzen ist die halbe Miete.
 - Zusammenspiel von Einzelfall von möglichen Definitionen.
 - In den meisten Fällen²¹⁷ gibt es tatsächlich nur zwei Auslegungsmöglichkeiten, eine die die zu prüfende Voraussetzung bejaht und eine andere, die es verneint.
 - dies erreicht man, indem man an den allgemeinen Obersatz die Frage anknüpft: Was heißt hier ... (z.B. »umschlossener Raum«²¹⁸ i.S.v. § 243 StGB)?

²¹⁴ Vgl. *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 2. Aufl. (2011), S. 35.

²¹⁵ *Puppe*, a. a. O., S. 41.

²¹⁶ *Puppe*, a. a. O., S. 52.

²¹⁷ Dieser Punkt ist Resultat eines »Aha-Erlebnisses«: Lange Zeit fehlte mir das Verständnis der Rolle der Definition innerhalb der Auslegung. Sie machte mir den Anschein einer Formalität; ich hatte den Eindruck, man müsse definieren, um den Erwartungen an juristische Texte zu entsprechen. Schließlich realisierte ich die instrumentale Bedeutung der Definition, als Einstieg. Insbesondere wurde klar, dass die Definition bestenfalls die Entscheidungssituation »entweder/oder« einleitet. In den meisten Fällen der Rechtsanwendung, die ich erlebt habe, war dies der Fall.

²¹⁸ Vgl. zu diesem Beispiel *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 11. Aufl. (2010), S. 126.

- Richtigkeits- und Qualitätskriterien
 - Definitionen müssen stets an Richtigkeitskriterien gemessen werden, welche sich vor [allem an den Ansätzen der Auslegung orientieren.
 - Subjektive Auslegung: Wie definiert der Gesetzgeber selbst den Begriff?
 - Objektive Auslegung: Was gibt der allgemeine Sprachgebrauch her?
 - Teleologische Auslegung: Praktische Konsequenzen für die Rechtsanwendung.]²¹⁹
 - »Pleonasmen in Definitionen sind verdächtig. Wer in einer Definition etwas zweimal sagt, gerät gewissermaßen geistig ins Stocken, weil er selbst nicht weiß, was er sagen soll.«²²⁰
 - Eine gute juristische Begriffsdefinition erfüllt folgende Qualitätskriterien:
 - Intensionale Vollständigkeit (sie enthält alle Merkmale des Begriffs)²²¹
 - Extensionale Vollständigkeit (sie erfasst alle Fälle, die unter den Begriff subsumiert werden sollen)²²²
 - Grammatische Richtigkeit (sie drückt die Beziehungen, in denen die einzelnen Begriffsmerkmale zueinander stehen richtig und vollständig aus)²²³

²¹⁹ Wenn ich diesen Abschnitt der Liste im nun betrachte, gerate ich ins Stocken. Ich habe den Eindruck, dass ich die Anordnung und Hintergrundinformationen der Richtigkeitskriterien in meiner nächsten reflexiven Praxis überarbeiten sollte. So stellt sich die Frage, ob es zutrifft, dass die subjektive Auslegung ein Richtigkeitskriterium für eine Definition sein kann.

²²⁰ Puppe, Kleine Schule des juristischen Denkens, 2. Aufl. (2011), S. 54.

²²¹ Puppe, a. a. O., S.56.

²²² Ebd.

²²³ Puppe, a. a. O., S.53.

- **Definitionsarten**
 - *Legaldefinitionen*: Sind im Gesetz selbst enthalten und können auch zur Auslegung anderer Normen herangezogen werden.
 - *›Klassische Definition‹*: [Der zu definierende Begriff wird durch den Gattungsbegriff und den artbildenden Unterschied gebildet.
 - Bsp.: § 90 BGB: »Sachen sind körperliche Gegenstände«
 - Definiendum: Sache
 - Definiens: körperlicher Gegenstand
 - Unterscheidungsmerkmal: körperlich]²²⁴
 - *Negative Definition*: ›... ist nicht ...‹
 - *Teildefinitionen*: Die Angabe einer hinreichenden Bedingung für die Erfüllung eines Begriffes.²²⁵ Hier zeigt sich am besten, dass Definitionen nur Hilfsmittel der Rechtsanwendung sind und nicht bloß Hindernisse bei der rechtlichen Würdigung.²²⁶

²²⁴ Das zusammengeschriebene Element zur klassischen Definition basiert auf Röhrl/Röhrl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. (2008), S. 37 f. Röhrl und Röhrl verwenden allerdings ein anderes Beispiel, und zwar den Schimmel (weißes Pferd). Ich meine mich zu erinnern, dass ich den Transfer zur ›Sache‹ im Sinne von § 90 BGB selbst geleistet habe, könnte mich allerdings auch täuschen. Ein Manko, dass ich hier offenlegen will.

²²⁵ Puppe, Kleine Schule des juristischen Denkens, 2. Aufl. (2011), S. 67.

²²⁶ Dieser Punkt erinnert mich an die erheblichen Schwierigkeiten, die ich mit umfassenden Definitionen lange Zeit hatte. In der konkreten Anwendungssituation verwirrte mich häufig der Umstand, dass Definition ›mehr können‹, als im Einzelfall überhaupt erforderlich. Dies gilt zwar nicht nur für *Teildefinitionen*, allerdings kam mir die entscheidenden Einsicht, als ich mich eben mit diesen befasste. Ingeborg Puppes Ratschlag brachte mir Klarheit: »Die Begründungen mancher höchstrichterlicher Urteile beginnen mit jenen [...] ebenso wortreichen wie sinnarmen Bandwurmsätzen zur ›Definition‹ z. B. des Vorsatzes oder der Mittäterschaft, die nichts andere besagen, als dass der Richter eine Gesamtbeurteilung des Falles vornehmen muss, bei der er alle relevanten Umstände berücksichtigen soll. [m. w. Nw.] Ein solches Vorgehen wäre zweckmäßig, wenn die Definitionen von Rechtsbegriffen den allgemein in der Wissenschaft gestellten Ansprüchen an Definitionen genügen würden, also klar, eindeutig, präzise und einfach wären. Das sie das alles aber nicht sind und auch nicht sein können, belastet dieses Vorgehen den Rechtsanwender oft unnötig mit allen Vagheiten und Streitfragen des Rechtsbegriffs. Dabei hat er doch nur

- Sie bietet das Stilmittel für das Dahinstehenlassen von nicht einschlägigen Definitionsvarianten: »Jedenfalls dann ...«
- [Verschiedene Teildefinitionen können im Verhältnis der Inklusion stehen: Der jeweils weitere Begriff ist immer dann erfüllt, wenn der engere erfüllt ist.]²²⁷
- Bestes Beispiel: »oder sonst aus niedrigen Beweggründen«
- *Feststellungsdefinition*: Worterklärung des herrschenden Sprachgebrauchs (auch: lexikalisch).²²⁸
- [*Genetische Definition*: Beschreibt die Entstehung des zu definierenden Gegenstands.
 - Bsp.: »Das BGB ist ein Gesetzbuch, das am 1.1.1900 in Kraft trat.«
- *Verbaldefinition*: Durch Synonyme, wobei ein Begriff durch einen anderen mit gleicher Bedeutung bestimmt wird; dabei werden oftmals Fremdworte (lateinischen Ursprungs) und Begriffe deutscher Herkunft zueinander in Beziehung gesetzt.
 - Bsp.: »Immobilien sind Grundstücke.«
- *Etymologischen Definition*: hier wird ein Begriff durch Zurückgehen auf die sprachliche Bedeutung des Wortes ermittelt
 - Bsp.: »Nießbrauch (ususfructus) ist das Recht, die Früchte (fructus) einer Sache zu ziehen und die zu Gebrauchen (usus)«²²⁹

die Aufgabe, zu entscheiden, ob ein einziger Sachverhalt unter diesen Begriff zu subsumieren ist.«; Puppe, Kleine Schule des juristischen Denkens, 2. Aufl. (2011), S. 74. Mir zeigte diese Stelle, dass manchmal mehr geschrieben wird, als eigentlich notwendig ist, und dass Definitionen zwar nicht eindeutig, präzise und vollständig sind, jedoch flexibel und - vor allem - praktisch.

²²⁷ Puppe, a. a. O., S. 70.

²²⁸ Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. (2008), S. 37.

²²⁹ Während Aufbereitung der Struktur für die ihnen vorliegende Arbeit habe ich etwa zwei Stunden darauf verwendet, herauszufinden, woher die Inhalte zur genetischen und

- [Nominaldefintion: Bewusster Vorgang der Sprachbildung (»Ich verstehe unter ...«); beruht auf Konsens der Sprachgemeinschaft. Kann weder wahr noch falsch sein, sondern ist zweckmäßig oder unzweckmäßig.]²³⁰
- *Hinweis- oder Beispielsdefinitionen*: Die Bedeutung eines Begriffs wird durch Beispiele festgelegt.
- Begriffsentfaltungslehre²³¹
 - Sollte eine Definition erforderlich, jedoch nicht bekannt sein, bietet sich die juristische Begriffsentfaltungslehre als Methode der Auslegung an:
 - 1.) Definition
 - [a.) Festlegung des Kontextes, in welchem der Begriff entfaltet werden soll
 - b.) Bilde die Summe aller Fälle, für die der Begriff problemlos gilt; zur Abstützung können auch Gegenfälle gesucht werden, für die der Begriff ebenso problemlos nicht gilt
 - c.) Zusammenstellung unterscheidbarere Elemente
 - d.) Bildung eines wohlklingenden Satzes, der alle Elemente vereinigt]²³²
 - 2.) Begriffsverwendungslehre: Auslegung und Subsumtion²³³

etymologischen Definition sowie zur Verbaldefinition ursprünglich stammen. Insbesondere die Beispiele sind aus einem bestimmten Text, dessen Fundstelle ich beim besten Willen nicht mehr auffinden kann. Zunächst wollte ich die Inhalte daher aus der Struktur nehmen oder verändern, habe ich jedoch dagegen entschieden, da ich mein Arbeitsmittel nicht »entstellen« wollte - so jedenfalls fühlt sich das Löschen von relevanten Inhalten für mich an. Daher habe ich mich entschlossen, die Inhalte in der Struktur zu bewahren, auch wenn ich die Fundstelle leider nicht nennen kann.

²³⁰ Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. (2008), S. 38.

²³¹ Nach Haft, Juristische Rhetorik, 8. Aufl. (2009), S. 60-75.

²³² Haft, a. a. O., S. 75.

²³³ Nach Haft, a. a. O., S. 75-93.

- [a.) Entfaltung der Elemente des Falles mit Blick auf die Entfaltung des Gesetzes analog 1.)c.) und sprachliche Formulierung in einem Satz analog 1.)d.)
 - b.) Herstellung der Entsprechung zwischen den Elementen/Merkmalen von Fall und Gesetz
 - c.) Problemstellen ermitteln
 - d.) Alternativ: Extremfalltechnik aufgrund realer oder fiktiver Vergleichsfälle]²³⁴
- Auslegungsmethoden (Argumentationsschemata²³⁵) heranziehen
 - Auslegen heißt Interpretieren (lateinisch = interpretatio)
 - Die einzelnen Auslegungsmethoden sind nicht klar abgrenzbar: Rechtsbegriffe sind relativ, denn sie werden in jeweils anderen systematischen und teleologischen Zusammenhängen unterschiedlich verwendet. Darüber hinaus, können systematische Erwägungen selten losgelöst von Zweckerwägungen durchgeführt werden.
 - Die verschiedenen Methoden können auch zu widersprüchlichen Ergebnissen führen.²³⁶
 - Letztendlich geht es darum, eine Normkonkretisierung zu erhalten, mit welcher die Anwendbarkeit und Einschlägigkeit der Norm eindeutig bejaht oder verneint werden können.

²³⁴ Haft, Juristische Rhetorik, 8. Aufl. (2009), S. 92 f.

²³⁵ Diesen Begriff habe ich von Robert Alexy übernommen, der auch von »Argumentformen« spricht, Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 3. Aufl. (1996), S. 301.

²³⁶ Vgl. Engisch, Einführung in das juristische Denken, 11. Aufl. (2010), S. 146.

- **Auslegungen nach dem Wortlaut**
 - Der Gesetzeswortlaut kommt stets in einem Kontext daher; Bürger und Juristen lesen Gesetze verständigungsorientiert.²³⁷
 - Soweit sich die Auslegung auf ganze Sätze als Bedeutungsträger bezieht, heißt sie *grammatikalische Auslegung*, wobei es hier nicht um Grammatik, sondern um den sprachlichen Kontext geht.²³⁸ Insofern könnte man auch von einer »systematischen Auslegung im Kleinen« sprechen.
 - »Zur grammatikalischen Auslegung gehört nur der Kontext im engeren Sinne, nämlich der Text der einzelnen Rechtsquelle von der Überschrift bis zum Verkündungsdatum. Das Rechtssystem als Kontext berücksichtigt erst die systematische Auslegung.«²³⁹
 - Soweit sich die Auslegung des Wortlauts auf einzelne Begriffe bezieht, erfolgt sie letztlich über die nähere Erläuterung des Wortsinns und erschöpft sich regelmäßig in der Darstellung einer Definition, welche sich in Hinblick auf Art und Umfang am konkret zu Grunde liegenden Einzelfall orientiert.
 - *Wortlautgrenze*
 - Sens-Clair-Regel: bei eindeutigem Wortlaut ist eine Auslegung nicht zulässig.²⁴⁰
 - Ausnahmen: Auslegung von Willenserklärungen gemäß § 133 BGB; falsa demonstratio non nocet; auch bei Gesetzen

²³⁷ Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. (2008), S. 614.

²³⁸ Röhl/Röhl, a. a. O., S. 613.

²³⁹ Röhl/Röhl, a. a. O., S. 614.

²⁴⁰ Rüthers/Fischer, Rechtstheorie, 5. Aufl. (2010), S. 458, Rdnr. 732, m. w. Nw.

in Fällen eines – nachweisbaren – Redaktionsversehens des Gesetzgebers.²⁴¹

- Der Wortlaut bildet im Hinblick auf das letztmögliche Wortverständnis die äußerste Grenze der Auslegung.²⁴²
- Die Wortlautgrenze ist eine methodische Grenze – Wörter und Texte zu interpretieren erfordert, auf ihren Sinnzusammenhang Bezug zu nehmen, hier die juristisch Lesart. Dazu braucht man den Rückbezug (wenn auch nur gedanklich) auf die anderen Auslegungsmethoden.
- **Genetische Auslegung**
 - Ziel ist es, den Sinn der Norm aus den Umständen der Entstehung zu ermitteln.²⁴³ Auch zur Vorbereitung der teleologischen Auslegung, da diese die Ermittlung des Normzwecks voraussetzt.
 - [Historisch-soziologische Auslegung: Klärung des historischen und sozialen Kontexts die zur Entstehung der Norm geführt haben.
 - Dogmengeschichtliche Auslegung: Konzentriert sich auf die rechtsinterne Entwicklung.]²⁴⁴
 - [Konret-historische Auslegung: Fragt nach dem Schöpfungsvorgang der Norm und setzt die Hinzuziehung der Gesetzesmaterialien voraus.]²⁴⁵
- **Teleologische Auslegung**
 - Im Rahmen, der durch den Normzweck vorgegeben ist, wird nach einer Normkonkretisierung gesucht, die als Mittel zum Zweck geeignet ist.²⁴⁶

²⁴¹ Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. (2008), S. 614 f.

²⁴² Röhl/Röhl, a. a. O., S. 614.

²⁴³ Röhl/Röhl, a. a. O., S. 619.

²⁴⁴ Ebd.

²⁴⁵ Röhl/Röhl, a. a. O., S. S. 620.

- [Für die Anwendung der teleologischen Auslegung ist es wichtig zwischen allgemeinen Gesetzen mit Ordnungscharakter und Zweck- oder Maßnahmengesetzen zu unterscheiden.
- Je stärker der Ordnungscharakter eines Gesetzes überwiegt, umso weniger verfolgt es spezifische Zwecke, und umso schwächer wird die entscheidungsleitende Kraft der teleologischen Auslegung.]²⁴⁷
- **Ermittlung des Normzwecks**
 - In der Regel muss der Normzweck erst durch historische Auslegung ermittelt werden (subjektiv-historische Auslegung: was wollte der Gesetzgeber?)²⁴⁸
 - [Der Normzweck lässt sich aber auch objektiv bestimmen.
 - 1.) Dazu muss im Hinblick auf die Norm und ihren Kontext ein abstraktes Ziel definiert werden, welches über den bloßen Regelungsgehalt der konkreten Norm hinaus reicht.
 - 2.) Dieser benannte Normzweck muss als gerecht, vernünftig und nützlich legitimiert sein
 - 3.) Die Norm muss ein geeignetes Mittel sein, diesen Zweck einigermaßen vollständig und nicht nur zum Teil zu verwirklichen.
 - 4.) Es darf keine nachteiligen Nebenfolgen der Verwirklichung des

²⁴⁶ Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. (2008), S. 620 f.

²⁴⁷ Röhl/Röhl, a. a. O., S. 621.

²⁴⁸ Vgl. Rüthers/Fischer, Rechtstheorie, 5. Aufl. (2010), S. 450, Rdnr. 720.

Normzwecks geben, die dessen Wert überwiegen.]²⁴⁹

- *Einsatzmöglichkeiten*
 - Die teleologische Auslegung lässt sich *instrumentell* verwenden, also Zweifel in einer Weise beheben, die dem Normzweck möglich umfassend und wirkungsvoll Rechnung trägt.²⁵⁰
 - Die teleologische Auslegung kann jedoch auch als Maßstab einer *kritischen Auslegung* zu einer Extension oder Reduktion des Gesetzes gegenüber seinem Wortlaut führen.²⁵¹
 - Eine teleologische *Reduktion* kann geboten sein, wenn der Wortlaut des Gesetzes weiter reicht, als es der Zweck gebietet.²⁵²
 - »Eine teleologische *Extension* läuft auf eine analoge Anwendung der Vorschrift hinaus.«²⁵³ (im Strafrecht grds. ausgeschlossen).
 - Im Hinblick auf den Zweck von Ausnahmeregelungen müssen diese grundsätzlich einschränkend und exklusiv ausgelegt werden.
- **Systematische Auslegung**
 - Die Bedeutung der Norm wird aus ihrer Stellung im Gesetz, dem Regelungszusammenhang und

²⁴⁹ Puppe, Kleine Schule des juristischen Denkens, 2. Aufl. (2011), S. 97.

²⁵⁰ Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. (2008), S. 621.

²⁵¹ Ebd.

²⁵² Ebd.

²⁵³ Ebd.

allgemeineren Prinzipien die das betreffende Rechtsgebiet beherrschen ermittelt.²⁵⁴ Es wird dann nach einer Normkonkretisierung gesucht, die sich in diesen Regelungszusammenhang einflechten lässt.

- [Da es sich bei systematischen Erwägungen um Wertungen des Rechtsanwenders handelt, sind regelmäßig verschiedene Lösungen mit Systemargumenten vertretbar. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass sich Regelungsprinzipien innerhalb eines beweglichen Systems wechselseitig beeinflussen.]²⁵⁵
- [Die vier Postulate der systematischen Auslegung
 - *Widerspruchsfreiheit*: Das Gesetz widerspricht sich nicht. Widersprüche sind im Rahmen von Konkurrenzerwägungen aufzulösen.
 - *Nichtredundanz*: Das Gesetz sagt nichts Überflüssiges. Eine Norm soll nicht so eng ausgelegt werden, dass ihr kein eigener Anwendungsbereich mehr verbleibt.
 - *Vollständigkeit*: Das Gesetz lässt keine unabsichtlichen Regelungslücken.
 - *Systematische Ordnung*: Das Gesetz ist sinnvoll geordnet.]²⁵⁶
- *Sonderfälle*
 - [Ein Spezialfall der systematischen Auslegung ist die verfassungskonforme Auslegung. Inhaltlich ist auf Grund des Geltungsvorrangs der Verfassung jede

²⁵⁴ Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. (2008), S. 622.

²⁵⁵ Röhl/Röhl, a. a. O. S. 623.

²⁵⁶ Puppe, Kleine Schule des juristischen Denkens, 2. Aufl. (2011), S. 81 ff.

Rechtsnorm in Einklang mit der Verfassung auszulegen.]²⁵⁷

- [Die verfassungskonforme Auslegung ist nur dann zulässig, wenn mehrere Auslegungen zur Wahl stehen und findet ihre Grenze im Wortlaut.]²⁵⁸
- »Entsprechendes gilt für die europarechtskonforme Auslegung.«²⁵⁹
- **Objektive und subjektive Auslegung**
 - »Wird der Sachgehalt des Gesetzes und damit das letzte ›Auslegungsziel‹ durch den vormaligen und einmaligen ›Willen‹ des historischen Gesetzgebers derart bestimmt und festgelegt, dass der Rechtsdogmatiker in die Spuren des Rechtshistorikers treten muss – zwar nicht um der Historie, wohl aber um der Sache selbst willen – oder aber ruht der sachliche Gehalt des Gesetzes in ihm selbst und in seinen ›Worten‹, als ›Willen des Gesetzes‹, als objektiver Sinn, der unabhängig ist von dem ›subjektiven‹ Meinen und Willen des historischen Gesetzgebers, dafür aber notfalls frei beweglich, entwicklungsfähig wie alles, was am ›objektiven‹ Geist teilhat?«²⁶⁰
 - [Subjektive und Objektive Auslegung sind keine Alternativen; vielmehr darf eine objektive Auslegung erst angewendet werden, wenn die subjektive Auslegung unergiebig ist, sich die Verhältnisse geändert haben und die Untätigkeit des Gesetzgebers nicht den Umkehrschluss zulässt, dass er keine Änderung wünscht. Das Prinzip der

²⁵⁷ Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. (2008), S. 623.

²⁵⁸ Röhl/Röhl, a. a. O., S. 625.

²⁵⁹ Röhl/Röhl, a. a. O., S. 626.

²⁶⁰ Engisch, Einführung in das juristische Denken, 11. Aufl. (2010), S. 159 f.

Gewaltenteilung; andernfalls wird die Aus- zur Einlegung.]²⁶¹

- Objektive Auslegung

- [Nach ihr kommt es nicht auf den Willen des Gesetzgebers, sondern auf den Willen des Gesetzes an (BVerfG). Der Inhalt des Gesetzes soll wandelbar sein und sich den veränderten gesellschaftlichen Verhältnissen anpassen.
- Die heutige ›vernünftige‹ Bedeutung und Funktion einer Norm ist demnach maßgebend.]²⁶²
- Die objektive Auslegung ist eine besondere Art der Anwendung der ›klassischen‹ Auslegungsmethoden
- Im Rahmen der teleologischen Auslegung wird sie hinsichtlich der Bestimmung des Zwecks von der Bindung an den Willen des Gesetzgebers befreit.²⁶³
- Bei der systematischen Auslegung erklärt das BVerfG allein den objektivierten Willen des Gesetzgebers für maßgeblich, so wie er sich aus dem Wortlaut und der Systematik der Norm ergibt.²⁶⁴
- Keine Berücksichtigung soll demnach die subjektive Auslegung mehr finden; in der Lehre und im Verfassungsrecht ist jedoch ein gegenläufiger Trend zu beobachten.²⁶⁵

²⁶¹ Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. (2008), S. 632.

²⁶² Röhl/Röhl, a. a. O., S. 628.

²⁶³ Vgl. Röhl/Röhl, a. a. O., S. 629.

²⁶⁴ Röhl/Röhl, a. a. O., S. 630.

²⁶⁵ Vgl. Ebd.

- Subjektive Auslegung
 - [Sie stellt die Frage nach dem Willen des historischen Gesetzgebers. Dabei steht die Frage nach der Verbindlichkeit dieses Willens im Fokus.]²⁶⁶
 - [In Fällen starken historischen Wandels soll der Bezug zum heutigen Gesetzgeber hergestellt werden. Die Auslegung erfolgt dann so, als ob dieser die Norm erlassen hätte.]²⁶⁷
 - Ein neues Anwendungsgebiet ist für die subjektive Auslegung durch das europäische Gemeinschaftsrecht in Form von Richtlinien und Rahmenbeschlüssen entstanden.
- Extensive und restriktive Auslegung²⁶⁸
 - Der Übergang von Auslegung und Rechtsanwendung im Lückenbereich ist fließend; dabei hilft ein Blick auf das Begriffspaar der ›engen‹ und der ›weiten‹ Auslegung:
 - a.) im Hinblick auf den sprachlichen Sinn des Normtextes²⁶⁹
 - b.) hinsichtlich des Anwendungsbereiches der Norm²⁷⁰
 - [Bei der Begründung von extensiver und restriktiver Auslegung muss man beachten, dass die Auslegung von Normen sowohl Freiheitsgewährend als auch -einschränkend wirken kann. Ferner muss man berücksichtigen, dass man als

²⁶⁶ Vgl. Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. (2008), S. 627.

²⁶⁷ Vgl. Röhl/Röhl, a. a. O., S. 628.

²⁶⁸ Die Überlegungen zu diesem Punkt sowie das Begriffspaar extensive und restriktive Auslegung basieren auf: Engisch, Einführung in das juristische Denken, 11. Aufl. (2010), S. 179 ff. und Honsell, in: Staudinger/Eckpfeiler 2012, S. 115 ff., Kap. B, Rdnr. 61 ff.

²⁶⁹ Engisch, Einführung in das juristische Denken, 11. Aufl. (2010), S. 179 f.

Rechtsanwender den Willen des Gesetzgebers zu beachten hat und ihn nicht ohne Weiteres ergänzen darf.]²⁷¹

- Rechtsanwendung im Lückenbereich
 - Arten von Lücken
 - Normlücken sind »echte« Lücken, die sich objektiv feststellen lassen.²⁷²
 - Regelungslücken lassen sich nur durch systematische Auslegung ermitteln; hierbei handelt es sich um eine Wertung.²⁷³
 - Primäre Lücken haften dem Gesetz von Anfang an, während sekundäre Lücken dadurch entstehen, dass sich die Verhältnisse seit dem Gesetzeserlass geändert haben.²⁷⁴
 - [Es geht nicht um »rechtspolitische Lücken«, also Lücken vom Standpunkt eines künftigen besseren Rechts aus (*de lege ferenda*), sondern um eine Gesetzeslücken im eigentlichen Sinn, also einer Lücke im geltenden Recht (*de lege lata*).]²⁷⁵
 - Methoden der Lückenschließung
 - Der Unterschied zwischen Gesetzesanalogie und Rechtsanalogie ist im Grunde nur die Induktionsbasis bei Herausarbeitung des Grundgedankens, die das eine Mal schmaler, das andere Mal breiter ist.²⁷⁶
 - [Auch der Grundgedanke einer Ausnahmegesetzgebung kann analogiefähig sein. Hier ist das

²⁷⁰ Engisch, Einführung in das juristische Denken, 11. Aufl. (2010), S.181 f.

²⁷¹ Engisch, a. a. O., S.182 ff.

²⁷² Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. (2008), S. 633.

²⁷³ Vgl. Ebd.

²⁷⁴ Vgl. Röhl/Röhl, a. a. O., S. 634.

²⁷⁵ Engisch, Einführung in das juristische Denken, 11. Aufl. (2010), S. 241 f.

²⁷⁶ Engisch, a. a. O., S.256.

Grundproblem die Abgrenzung von Analogie- und Umkehrschluss.]²⁷⁷

- [Abgrenzung der Auslegung zur Analogie: die Auslegung reicht soweit, wie sich die Interpretation mit dem eben noch möglichen Sinn des Gesetzeswortlauts verträgt – jede Auslegung die diese Grenze überschreitet, ist Analogie.]²⁷⁸
- Beachte das Analogieverbot im Strafrecht²⁷⁹
- Was ist eine Lücke?
 - »Lücken sind Mängel des positiven Rechts (Gesetzes- oder Gewohnheitsrechts), die als Fehlen rechtlicher Regelungsinhalte dort, wo sie für bestimmte Sachverhalte erwartet sind, spürbar werden und die Behebung durch eine rechtsergänzende richterliche Entscheidung fordern und zulassen«²⁸⁰ – ausgehend von der Prämisse, dass der Richter den Fall entscheiden muss (Justizverweigerungsverbot).²⁸¹
 - Achtung: Eine solche Lücke kann auch das Fehlen einer Ausnahmegesetzvorschrift sein.²⁸²
 - Als Argumentationshilfe im Rahmen der Lückenfeststellung helfen die Prinzipien Geschlossenheit der Rechtsordnung und Einheit der Rechtsordnung.²⁸³ Die Lückenfeststellung ist eine Wertung, die

²⁷⁷ Vgl. Engisch, Einführung in das juristische Denken, 11. Aufl. (2010), S. 242 ff.

²⁷⁸ Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. (2008), S. 637.

²⁷⁹ Vgl. Röhl/Röhl, a. a. O., S. 636.

²⁸⁰ Engisch, Einführung in das juristische Denken, 11. Aufl. (2010), S. 239.

²⁸¹ Engisch, a. a. O., S. 238.

²⁸² Vgl. Engisch, a. a. O., S. 242 ff.

²⁸³ Vgl. Engisch, a. a. O., S. 271 ff.

stets eine rechtliche Verankerung benötigt.²⁸⁴

- *Planwidrig*
 - Die Lücke ist planwidrig, wenn der Gesetzgeber den Mangel des positiven Rechts nicht zugelassen hätte, wenn er ihn bei der Gesetzgebung erkannt hätte.
 - Achtung: »Der Ausdruck ›planwidrige Gesetzeslücke‹ bezieht sich eigentlich auf den Willen des historischen Gesetzgebers. Eine solche Planwidrigkeit kann nur dann als unabdingbar für eine Analogie anerkannt werden, wenn man ausschließlich die subjektive Auslegungsmethodik akzeptiert.«²⁸⁵
- Eine Lücke im Wege mit einer Analogie schließen
 - Die Analogie ist eine Anwendung einer ähnlichen, jedoch nach der Auslegung nicht einschlägigen Regelung.
 - [Der Analogieschluss wird häufig als ein Schluss »vom Besonderen auf das Besondere« begriffen, genauer betrachtet, ist der Analogieschluss jedoch aus Induktion und Deduktion zusammengesetzt. Denn erst wenn aus den besonderen Erscheinungen, aus denen geschlossen wird, ein allgemeiner Gedanke abstrahiert ist, ist es

²⁸⁴ Vgl. Rüthers/Fischer, Rechtstheorie, 5. Aufl. (2010), S. 579, Rdnr. 935.

²⁸⁵ Puppe, Kleine Schule des juristischen Denkens, 2. Aufl. (2011), S. 116.

möglich, den Schluss auf ein anderes Besonderes zu ziehen.]²⁸⁶

- Besonderes -> Allgemeines -> Besonderes
- [Dreh- und Angelpunkt des Schlusses ist der Begriff der ›Ähnlichkeit‹; seinen Ursprung findet der Analogieschluss im Gleichheitsgrundsatz.]²⁸⁷
- Schema
 - [Obersatz: Wenn zwei Sachverhalte S₁ und S₂ unter dem Blickwinkel einer bestimmten rechtlichen Norm ähnlich sind, d.h. in wesentlichen Beziehungen übereinstimmen, so sollen sie die gleiche rechtliche Folge haben.
 - Untersatz: Der Sachverhalt F (S₂) stimmt mit dem in der rechtlichen Norm N geregelten Sachverhalt K (S₁) in den wesentlichen Beziehungen überein.
 - Folgerung: F soll die gleiche rechtliche Folge haben wie K.]²⁸⁸
- Eine Lücke durch einen Umkehrschluss bestätigen
 - Fraglich ist, ob die Verschiedenheit der verglichenen Sachverhalte ›wesentlich‹ ist (Gegenpol zu ›Ähnlichkeit‹ bei der Analogie).²⁸⁹

²⁸⁶ Engisch, Einführung in das juristische Denken, 11. Aufl. (2010), S. 248 und 249.

²⁸⁷ Ebd.

²⁸⁸ Engisch, a. a. O., S. 249.

²⁸⁹ Vgl. Engisch, a. a. O., S. 251.

- Einfluss der Verkehrsanschauung im Recht
 - Generalklauseln
 - Generalklauseln sind Tatbestandsfassung, die mit großer Allgemeinheit einen Fallbereich umfassen und der rechtlichen Behandlung zuführen.²⁹⁰
 - Die umfassende Allgemeinheit ermöglicht dem Gesetzgeber, eine größere Gruppe von Sachverhalten lückenlos und anpassungsfähig einer Rechtsfolge zu unterwerfen.²⁹¹
 - Generalklauseln dürfen nicht allein durch eine (rein) subjektiv-persönliche Wertung des Richter ausgefüllt werden; maßgeblich für den Richter soll sein, was man in den fraglichen Kreisen denkt und empfindet.²⁹²
 - Der Rechtsanwender muss dabei »festhalten«, welches die tatsächlichen geltenden sittlichen Anschauungen sind.²⁹³
 - [Entscheidungssätze, welche die Generalklauseln ausfüllen, haben dabei eine kommentierende Funktion.
 - Sie erscheinen daher in Lehrbüchern und Kommentaren mit gleichen Ansprüchen neben Definitionen und Exemplifizierungen.]²⁹⁴
 - Gewohnheitsrecht
 - Rechtsregeln, die nicht von einem Gesetzgeber statuiert sind, bei denen vielmehr die Überzeugung der Mitglieder der Rechtsgemeinschaft von

²⁹⁰ Engisch, Einführung in das juristische Denken, 11. Aufl. (2010), S. 214.

²⁹¹ Engisch, a. a. O., S. 218.

²⁹² Vgl. Engisch, a. a. O., S. 221.

²⁹³ Engisch, a. a. O., S. 223.

²⁹⁴ Engisch, a. a. O., S. 224.

ihrer Geltung unmittelbar in deren Verhalten (Übung, Gewohnheit) zu Ausdruck kommt.²⁹⁵

- Verkehrssitte
 - Im geschäftlichen Verkehr gebildete spezifische Formen der Abwicklung von Geschäften, die auch die Bedeutung der bei dem Abschluss solcher Geschäfte übliche Ausdrücke, Formeln und Verhaltensweisen umfassen.²⁹⁶
- Technische Normen und Standards
 - Können zur Ausfüllung von unbestimmten Rechtsbegriffen verwendet werden; hier wirken sie als Rechtsinhaltsquelle.²⁹⁷
 - Rechtsquellencharakter haben sie, wenn Gesetz im Wege statischer oder dynamischer Verweisungen auf sie verweist.²⁹⁸
 - Bsp.: Der Verweis auf »allgemein anerkannte Regeln der Technik« oder den »Stand der Technik«²⁹⁹
- ➡ Richterrecht³⁰⁰
- ➡ Dogmatik³⁰¹
- Auslegung von Willenserklärungen

²⁹⁵ Honsell, in: Staudinger/Eckpfeiler 2012, S. 128, Kap. B, Rdnr. 78.

²⁹⁶ Honsell, a. a. O., S. 129, Kap. B, Rdnr. 80.

²⁹⁷ Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. (2008), S. 558.

²⁹⁸ Ebd.

²⁹⁹ Röhl/Röhl, a. a. O., S. 559.

³⁰⁰ Das Richterrecht war seinerzeit der nächste Punkt für meine reflexive Praxis werden. In der Examensvorbereitung blieb jedoch keine Zeit mehr. Nach ein bis zwei bewussten Auseinandersetzungen mit dem Thema Richterrecht wird dieser Punkt wohl so aussehen, wie die Ausführungen zur anwaltlichen Arbeitsweise, welche sich im Bereich der Vorbereitung der rechtlichen Lösung befinden. Interessant wäre auch die Entwicklung der Relationen dieses Punktes etwa zu den Inhalten der Generalklauseln sowie der objektiven und subjektiven Auslegung.

³⁰¹ Wie für das Thema des Richterrechts, hatte ich mir auch für die Dogmatik vorgenommen, über ihre Bedeutung für und ihren Einfluss auf meine praktische Rechtsanwendung zu reflektieren. Meinem Gefühle nach, könnte eine Vertiefung in dieses Thema zu einer neuen Anordnung der Inhalte zur Auslegung führen.

- Es handelt sich um eine Interessenabwägung im Hinblick auf den Verkehrsschutz und die Rechtssicherheit einerseits und die privatautonomen Interessen des Einzelnen andererseits.³⁰²
- **Empfangsbedürftige Willenserklärungen auslegen**
 - Willenserklärungen sind grundsätzlich vor dem objektiven Empfängerhorizont auszulegen. Es wird gefragt, wie ein verständiger Dritter in der Rolle des Empfängers die Erklärung vernünftigerweise verstehen durfte.³⁰³ Dabei sind folgende Kriterien heranzuziehen:
 - 1.) Wortlaut der Erklärung
 - 2.) Kontext
 - 3.) Umstände unter denen die Erklärung abgegeben wurde
 - 4.) Interessen der Beteiligten
 - 5.) Routine der Beteiligten
 - 6.) Verkehrssitte
 - 7.) Verkehrssanschauung
- **Nicht-empfangsbedürftige Willenserklärungen auslegen**
 - 1) Bei nicht-empfangsbedürftigen Willenserklärungen ist der wirkliche Wille des Erklärenden zu ermitteln.
 - a.) Kontext
 - b.) Umstände unter denen die Erklärung abgegeben wurde
 - c.) Interessen der Beteiligten
 - d.) Routine der Beteiligten
 - 2.) Wortlaut der Erklärung

³⁰² Vgl. Schiemann, in: Staudinger/Eckpfeiler 2012, S. 145 f., Kap. C, Rdnr. 42 ff.

³⁰³ Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 24. Aufl. (2013), S. 21, Rdnr. 45.

- Rechtssicherheit vs. Gerechtigkeit / Abstraktion vs. Konkretisierung
 - Die Gerechtigkeit fordert weitgehende ›Konkretisierung‹, also die Rücksichtnahme auf die individuellen Verhältnisse der Personen und Situation.
 - Die Rechtssicherheit fordert weitgehende ›Abstraktion‹ von diesen Verhältnissen (bspw. Altersgrenzen, Fristen, Tarife).

- ¶ Die Wahrung des Sachverhaltsbezugs – auch bekannt als Subsumtion
 - Subsumtion und Auslegung sind eine Kette von Begriffsbestimmungen, an deren Ende eine Evidenzbehauptung steht.³⁰⁴
 - Die Überleitung von Auslegung zur Subsumtion erfolgt meist durch »hier«, »im vorliegenden Fall«, »... so liegt der Fall auch hier« usw.
 - Gebote der Subsumtion beachten
 - Die hergestellte Beziehung soll überzeugen und dazu sollte die Verbindung zwingend sein.
 - Auf Subsumtionsbehauptungen muss eine sachliche Begründung folgen, denn nur Sachargumente können die Evidenzbehauptung vorbereiten.³⁰⁵
 - Für den konkreten Fall unerhebliche Normauslegungsprobleme dürfen nicht erörtert werden.³⁰⁶
 - Die Subsumtion ist keine bloße Wiederholung der Auslegung, sondern ein Bezug zum konkreten Fall – die Subsumtion führt einen Schritt weiter zum Ergebnis als die Auslegung.³⁰⁷
 - Den Sachverhaltsbezug methodisch herstellen
 - 1.) Ausgangsfrage: Bedarf die Evidenzbehauptung einer Begründung?
 - *Feststellung* für den Fall, dass die Evidenzbehauptung sich schon durch den Sachverhalt ergibt.³⁰⁸
 - 2.) Aufgliederung der Normelemente mit Blick auf den Sachverhalt.
 - [Zerlegt man den Oberbegriff anhand von Teildefinitionen in einzelne Merkmale, unter die man

³⁰⁴ Arzt, Die Strafrechtsklausur, 7. Aufl. (2006), S. 25 m. w. Nw. und S. 28.

³⁰⁵ Arzt, a. a. O., S. 25-28.

³⁰⁶ Arzt, a. a. O., S. 28-31.

³⁰⁷ Arzt, a. a. O., S. 31 f.

³⁰⁸ Vgl. Arzt, a. a. O., S. 23 f.

Teile des Sachverhalts gesondert subsumiert, so erhält man eine horizontale Begriffskette.

- Bsp.: Heimtückischer Mord]³⁰⁹
- »Vertikale Begriffsketten verläuft ausgehend vom gesetzlichen Begriff von allgemeineren Unterbegriffen zu spezielleren.«³¹⁰
- »Die Glieder dieser Kette werden nicht durch eine Definition des Allgemeinbegriffs verbunden, sondern durch Subsumtionen dergestalt, dass der speziellere Begriffe unter den vorhergehenden allgemeineren subsumierbar ist.«³¹¹
 - Bsp.: Gesundheitsschädigung im Rahmen der Körperverletzung³¹²
- 3.) Definition und Interpretation (Auslegung) um den Normbereich dadurch soweit einzugrenzen, wie es der Sachverhalt erfordert.
 - [Ist die Abweichung von den aufbereiteten juristischen Normvoraussetzungen (vom Normalfall) so wesentlich, dass der problematische Fall nicht mehr dem Normbereich zugeordnet werden kann?
 - Übereinstimmende Merkmale von Fall und Fallgruppen herausarbeiten.
 - Merkmalsunterschiede herausarbeiten.
 - Abwägung mit dem Ziel einer Gleichbehandlung wesentlich gleicher und einer Ungleichbehandlung wesentlicher ungleicher Fälle.]³¹³
- 4.) Einkleidung in den syllogistischen Schluss

³⁰⁹ Puppe, Kleine Schule des juristischen Denkens, 2. Aufl. (2011), S. 62.

³¹⁰ Puppe, a. a. O., S. 64.

³¹¹ Puppe, a. a. O., S. 64 f.

³¹² Vgl. Puppe, a. a. O., 65.

³¹³ Hierbei handelt es sich um eine Kombination von Engischs Überlegungen zur Subsumtion mit Hafts Begriffsentfaltungslehre sowie seiner Normalfallmethode; Engisch, Einführung in das juristische Denken, 11. Aufl. (2010), S. 106 ff.; Haft, Juristische Rhetorik, 8. Aufl. (2009), S. 74 f.; ders., Juristische Schreibschule, 2009, S. 224 f.

- Wenn immer Tatbestand T, gilt die Rechtsfolge R
- Der Sachverhalt S ist ein Fall von T
- Also gilt für den Sachverhalt S die Rechtsfolge R
- Der juristische Syllogismus ist trivial – die eigentlich anspruchsvolle Arbeit liegt darin, die Prämissen des Obersatzes und den zu subsumierenden Sachverhalt zu ermitteln
- Subsumtion und Fuzzy-Logic³¹⁴
 - Fuzzy-Logik ist ein Schlussverfahren, das auch dann zu Entscheidungen führt, wenn die verfügbaren Informationen ungenau, unvollständig oder sogar teilweise widersprüchlich sind.³¹⁵
 - [Subsumtion setzt eine Regel mit semantisch interpretierbarem Tatbestand voraus. Für jedes Tatbestandsmerkmal wird separat ermittelt, ob es vorliegt oder nicht. Fehlt auch nur ein Tatbestandsmerkmal, so ist die Norm nicht anwendbar.]³¹⁶
 - (P) Tatbestandsmerkmale werden jedoch nicht (mehr) scharf definiert.
 - Die relative Unschärfe der Tatbestandsmerkmale hat zur Folge, dass Tatbestandsmerkmale nicht im Sinne eines Entweder-Oder bejaht oder verneint werden, sondern nur im Sinne eines Mehr-oder-Weniger mit dem Sachverhalt korrespondieren müssen.³¹⁷
 - Diese typologische Methode kann den ganzen Tatbestand in Bewegung bringen, weil sich die Konsequenz aufdrängt, dass die schwache Ausprägung eines Tatbe-

³¹⁴ Ein Eintrag, der ein wenig unorthodox daher kommen mag. Ich hatte bei Röhl und Röhl über die Fuzzy-Logik gelesen und war der Ansicht, dass Sie ein plausibles Erklärungsmodell für die Fälle liefern kann, in denen wir mit den Eigenarten des offenen Kontextes der Sozialsphäre konfrontiert werden und logische Schlussverfahren streng genommen nicht funktionieren können; *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. (2008), S. 133 ff. und 616 ff.

³¹⁵ *Röhl/Röhl*, a. a. O., S. 133.

³¹⁶ *Röhl/Röhl*, a. a. O., S. 616.

³¹⁷ Ebd.

standmerkmals im Sachverhalt durch die die stärkere Verwirklichung eines anderen kompensiert werden kann.³¹⁸

- Typen haben zwar eindeutige Schwerpunkte, sind aber – im Gegensatz zu Klassenbegriffen – an den Rändern unscharf
 - Bsp.: Wucher i.S.v. § 138 BGB oder Besitz i.S.v. § 854 BGB.³¹⁹
- [Der Grundgedanke ist, dass sich allgemeingültig: Tatbestandsmerkmale wechselseitig beeinflussen können.]³²⁰

- ¶ Tatsachen feststellen, Beweise würdigen

- Ob bestimmte Tatsachen vorliegen ist eine *Tatfrage* – allerdings muss man beachten, dass auch die Feststellung von Sachverhaltsumstände unterschiedliche Interpretationsmöglichkeiten offen stehen. Es gibt keine absolute/ausschließliche Interpretation eines Lebenssachverhalts.
- Beweismaß beachten
 - Nach dem Grundsatz des Vollbeweises ist ein Beweis erst dann geführt, wenn das Gericht von der Wahrheit der zu beweisenden Tatsache vollständig überzeugt ist.³²¹ Die tatrichterliche Überzeugung bildet sich demnach aus der Gewissheit (subjektive Wahrscheinlichkeit) und der hohen Wahrscheinlichkeit (objektive Tatsachengrundlage).³²²

³¹⁸ Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. (2008), S. 618.

³¹⁹ Röhl/Röhl, a. a. O., S. 617.

³²⁰ Röhl/Röhl, a. a. O., S. 619.

³²¹ Oberheim, Zivilprozessrecht für Referendare, 9. Aufl. (2012), S. 152, Rdnr. 7.44.

³²² Die Differenzierung zwischen Gewissheit und Wahrscheinlichkeit stammt von *Bender/Nack/Treuer*, Tatsachenfeststellung vor Gericht, 3. Aufl. (2009), S. 139 ff., Rdnr. 558 ff.

- [Beispiel Zeugenaussage: Nullhypothese des BGH: jede Aussage gilt solange als Unwahr, bis diese Vermutung sich angesichts der Zahl und Qualität der Realitätskriterien in der Aussage nicht mehr aufrecht erhalten lässt.]³²³
- Der Nachweis ist nicht erbracht, wenn vernünftige Zweifel bestehen bleiben.³²⁴
- Ist eine Tatsache glaubhaft zu machen, dann ist dem Genüge getan, wenn für das Vorliegen der Tatsache eine bloß überwiegende Wahrscheinlichkeit spricht, eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit ist nicht erforderlich.³²⁵
- **Beweislast feststellen**
 - Die Beweislast regelt, wessen Tatsachenvortrag zur Überzeugung des Gerichts vorgetragen und nachgewiesen werden muss.
 - »Zweifel über Tatsachen können nicht wie Rechtszweifel über Bord geworfen werden, dass man sich einfach mit Entschiedenheit zu einer bestimmten Auffassung durchringt.«³²⁶
 - [Die Beweislast entscheidet die Situation (non liquet = es bleibt unklar), in welcher Zweifel an Tatsachen bestehen, denn das Gericht muss den Streit aus der Welt schaffen, auch wenn es die Zweifel nicht aus der Welt schaffen kann (Folge des Justizgewährungssanspruchs).]³²⁷
- **Verteilungsregeln**
 - [Basis ist die Normenlehre, der zufolge nach anspruchsbegründenden Normtatbeständen einerseits und nach anspruchvernichtenden bzw. -hemmenden Normbe-

³²³ *Bender/Nack/Treuer*, Tatsachenfeststellung vor Gericht, 3. Aufl. (2009), S. 53 f. und 71, Rdnr. 216 und 307-309.

³²⁴ *Oberheim*, Zivilprozessrecht für Referendare, 9. Aufl. (2012), S. 152, Rdnr. 7.44.

³²⁵ *Oberheim*, a. a. O., S. 152 f., Rdnr. 7.44.

³²⁶ *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 11. Aufl. (2010), S. 111.

³²⁷ *Engisch*, a. a. O., S. 112.

standteilen andererseits zu differenzieren ist. Allein hierauf bezieht sich der allgemeine Slogan: Jede Partei hat die ihr günstigen Tatsachen zu beweisen. ›Günstig‹ ist mithin ein normgebundenes Adjektiv, das nicht aus dem Kontext von Recht und Gegenrecht gelöst werden darf.]³²⁸

- [(P) Bei vielen Normen ist unklar, ob sie zu den vom Kläger zu beweisenden Voraussetzungen oder zu den vom Beklagten zu beweisenden Einwendungen gehören – das Verteidigungsvorbringen muss dann entweder als Klagелеugnen oder als Geltendmachung einer Einwendung qualifiziert werden.]³²⁹
- [Der Beklagte verteidigt sich mit der Behauptung, es sei eine unstreitig vereinbarte aufschiebende Bedingung nicht eingetreten – hierbei handelt es sich um das Leugnen der Anspruchsentstehung – die Beweislast trägt der Kläger für den Eintritt der Bedingung.]³³⁰
- Grundsatz von ›Regel und Ausnahme‹: Die Beweislast trägt diejenige Partei, die eine Ausnahme von der Regel behauptet.³³¹
- In manchen Fällen wird die Tatsache im Wege einer Positivfiktion als wahr behandelt, wenn dies im Gesetz ausdrücklich angeordnet oder vermutet wird.³³²
- **Beweiserleichterungen**
 - Allgemeinkundige Tatsachen
 - Gerichtskundige Tatsachen
 - Aktenkundige Tatsachen
 - Beweislastumkehr

³²⁸ Schmidt, JuS 2003, S. 1007 (1010 f.).

³²⁹ Oberheim, Zivilprozessrecht für Referendare, 9. Aufl. (2012), S. 156, Rdnr. 54.

³³⁰ Oberheim, a. a. O., S. 157, Rdnr. 54.

³³¹ Vgl. Schmidt, JuS 2003, S. 1007 (1010).

³³² Vgl. Oberheim, a. a. O., S. 494, Rdnr. 8 f.

- Erfolgt, wenn die Tatsache in der Sphäre des Gegners liegt und der Gegner grundsätzlich nicht das Beweisrisiko zu tragen hat.
- [Beweisverlagerung
 - Danach wird Beweis über andere Tatsachen erhoben, aus denen auf die erhebliche Tatsache gefolgert wird.
- Gesetzliche Vermutung: Weil die Schlussfolgerung gesetzlich angeordnet ist.
- Anscheinsbeweis: Weil die Schlussfolgerung generell typisch ist.
- Indizien: Weil die Schlussfolgerung im Einzelfall gerechtfertigt ist.]³³³
- Terminologie
 - *Behauptungs- und Darlegungslast*
 - Die Behauptungs- und Darlegungslast regeln grundsätzlich, wer was vortragen muss.
 - [Sie bestimmen die Mindestanforderungen an das Vorbringen der Parteien, die sich in den Begriffen Erheblichkeit und Schlüssigkeit äußern. Wird weniger – auch nach Hinweis – nicht vorgebracht, findet der Zivilprozess sein vorzeitiges Ende, da auch eine weitere Sachaufklärung nicht weiterhelfen würde.]³³⁴
 - [Das Gericht ist ermächtigt, sämtliche nicht als wahr oder unwahr erkannten Behauptungen, sofern sie sich nicht in bloßem Bestreiten erschöpfen, als belanglos anzusehen. Daher gibt es keinen elementaren Unterschied zwischen einer unaufklärbaren und einer gar nicht erst aufgestellten Behauptung. So liegt es nahe, die Vertei-

³³³ Oberheim, Zivilprozessrecht für Referendare, 9. Aufl. (2012), S. 493 ff., Rdnr. 7 ff.

³³⁴ Schmidt, JuS 2003, S. 1007 (1008).

lung der Darlegungslast an derjenigen der Beweislast zu orientieren.]³³⁵

- [Sekundäre Darlegungslast: Negativbehauptungen können grundsätzlich nicht schlicht bestritten werden, da die darlegungspflichtige Partei über die bloße Behauptung, die Tatsache liege nicht vor, hinaus zunächst nichts weiter vortragen kann. Es obliegt dem Gegner im Rahmen des qualifizierten Bestreitens mögliche positive Tatsachen darzulegen.]³³⁶
- *Substantiierungslast*
 - Die Substantiierungslast regelt, in welchem Umfang etwas vorgetragen werden muss.
 - »Je detaillierter der Vortrag des Behauptenden, umso detaillierter muss auch das Bestreiten ausfallen. Im Rahmen des Wechselspiels zwischen Behaupten und Bestreiten kann sich das Maß der Substantiierungslast im Laufe des Prozesses durch weiteren Vortrag des Gegners verändern, sodass ständig geprüft werden muss, inwieweit der Parteivortrag hinreichend substantiiert ist.«³³⁷
- *Beweisführungslast*
 - Die Beweisführungslast regelt in Anlehnung an die Darlegungslast, wer Beweis für eine Tatsache anbieten muss.³³⁸
 - Sie besteht grundsätzlich für solche Tatsachen, aus denen man Rechte herleiten möchte.³³⁹

³³⁵ Schmidt, JuS 2003, S. 1007 (1008 und 1009).

³³⁶ Oberheim, Zivilprozessrecht für Referendare, 9. Aufl. (2012), S. 91, Rdnr. 15.

³³⁷ Oberheim, a. a. O., S. 91, Rdnr. 16.

³³⁸ Vgl. Schuschke/Kessen/Höltje, Zivilrechtliche Arbeitstechnik im Assessorexamen, 35. Aufl. (2013), S. 21, Rdnr. 44.

³³⁹ Schuschke/Kessen/Höltje, a. a. O., S. 22, Rdnr. 44.

- *Einreden und Einwendungen*³⁴⁰
 - Materielles Recht
 - [mit Einwendung werden Gegennormen des materiellen Rechts geltend gemacht; dabei heißen die rechtshemmenden Einwendungen Einreden, da nach herrschender Auffassung ein Teil ihrer Wirkung davon abhängt, dass sich der Schuldner auf sie beruft]³⁴¹ (verjährt ist verjährt, Du musst Dich nur darauf berufen; Zurücktreten hingegen bedarf Gestaltung)
 - rechtshindernde Einwendungen (abhandengekommen)
 - rechtsvernichtende Einwendungen (Anfechtung, Aufrechnung, Rücktritt, Erfüllung)
 - rechtshemmende Einreden (Verjährung (peremptorisch), Stundung (dilatorisch))
 - Prozessrecht
 - unter Einreden i.S.d. Prozessrechts versteht man alle Tatsachenbehauptungen, die den Tatbestand einer Gegennorm ausfüllen³⁴² (Einwendungen i.S.d. materi-

³⁴⁰ In Zusammenhang mit der Einführung von zu beweisenden Tatsachen in ein gerichtliches Verfahren werden insbesondere im Zivilrecht immer wieder die Begriffe Einreden und Einwendungen relevant. Da im Hinblick auf eine Differenzierung keine Klarheit besteht, hielt ich es für angemessen, mein Begriffsverständnis an dieser Stelle zu fixieren. Anlass hierzu war die Lektüre von *Ulrici/Purrmann*, Einwendungen und Einreden, JuS 2011, 104-107. Allerdings habe ich aus diesem Aufsatz nichts in die Liste übertragen, sondern die Lektüre nur zum Anlass genommen, in meiner Ansicht nach gewichtigerer Literatur weiterzusuchen.

³⁴¹ *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 24. Aufl. (2013), S. 379, Rdnr. 732.

³⁴² Vgl. *Medicus/Petersen*, a. a. O., S. 379, Rdnr. 731.

ellen Rechts, aber auch formelle Einwendungen (Unbestimmtheit des Titels))

- Beweise würdigen
 - Schema
 - 1) Tatsache Beweiserheblich?
 - Das ist der Fall, wenn Tatsache streitig und entscheidungserheblich ist.
 - 2.) Tatsache Beweisbedürftig?
 - Grundsätzlich sind alle Tatsachen beweisbedürftig, es sei denn, es greifen Beweiserleichterungen aus Gesetz oder Rechtsprechung.
 - 3.) Beweismittel vorhanden und verwertbar?
 - Zu beweisende Tatsache sowie das konkrete Beweismittel und die Art und Weise seiner Einführung in den Prozess benennen.
 - 4.) Beweismittel bewerten
 - Detailliertheit³⁴³
 - Originalität³⁴⁴
 - Gesunder Menschenverstand
 - Kontext/Sinnzusammenhang schlüssig
 - Gefühlsschilderungen³⁴⁵
 - Widerspruchsfreiheit
 - Täterwissen
 - Komplikationen³⁴⁶
 - logische Konsistenz³⁴⁷
 - Wahrnehmungsfähigkeit³⁴⁸

³⁴³ Vgl. *Bender/Nack/Treuer*, Tatsachenfeststellung vor Gericht, 3. Aufl. (2009), S. 69, Rdnr. 300 ff.

³⁴⁴ Vgl. *Bender/Nack/Treuer*, a. a. O., S. 80 f., Rdnr. 338 ff.

³⁴⁵ Vgl. *Bender/Nack/Treuer*, a. a. O., S. 81 ff., Rdnr. 342 ff.

³⁴⁶ Vgl. *Bender/Nack/Treuer*, a. a. O., S. 75 f., Rdnr. 319 ff.

³⁴⁷ Vgl. *Bender/Nack/Treuer*, a. a. O., S. 69, Rdnr. 279 ff.

³⁴⁸ Vgl. *Bender/Nack/Treuer*, a. a. O., S. 8 ff., Rdnr. 20 ff.

- Wiedergabefähigkeit³⁴⁹
- [Motivationsanalyse
- Arbeitsverhältnis
- Bier ist dicker als Blut
- Gruppensolidarität
- Folgenberücksichtigung]³⁵⁰
- 🖱️ Psychologie; Körpersprache³⁵¹
- 5.) Ist die Tatsache bewiesen?
 - Positiv ergiebig = Bestätigung der Beweisfrage durch das Beweismittel
 - Negativ ergiebig = Verneinung der Beweisfrage
 - Unergiebig = Keine Klärung der Beweisfrage
 - Non liquet = kein eindeutiges Ergebnis der Beweisaufnahme
 - Wie wirkt ein Beweis?
 - Schlussfolgerungen aus Tatsachen
 - Der Indizienbeweis ist Regelbeweis.³⁵²
 - »Eine Tatsache ist dann ein Indiz, wenn sie im konkreten Fall das Gegebensein der Haupttatsache beeinflusst. Das Indiz ist belastend, wenn die Haupttatsache wahrscheinlicher macht. Es ist entlastend, wenn es die Haupttat-

³⁴⁹ Vgl. *Bender/Nack/Treuer*, Tatsachenfeststellung vor Gericht, 3. Aufl. (2009), S. 45 ff., Rdnr. 182 ff.

³⁵⁰ *Bender/Nack/Treuer*, a. a. O., S. 54 ff., Rdnr. 219 ff.

³⁵¹ Dieser Verweis nach außen dient mir als Anhaltspunkt dafür, dass an dieser Stelle Informationen einschlägig sein könnten, die mir bei der Lektüre von populärwissenschaftlichen Werken begegnet sind; so etwa *Navarro*, *What Every Body is Saying*, 2008 und *Leslie*, *Born Liars*, 2011.

³⁵² Vgl. *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 10. Aufl. (2006), S. 92 f.

- sache unwahrscheinlicher macht.«³⁵³
- Beweisring: Eine Mehrzahl von Belastungsindizien kann den notwendigen Beweis bringen.³⁵⁴
- Beweiskette: Die Belastungsindizien bauen aufeinander auf und sind lassen nur im Zusammenhang den Schluss auf die zu beweisende Tatsache zu.³⁵⁵
- **Aufbereitung**³⁵⁶
 - I.) Beweisinhalt (Zusammenfassung, ggf. Auslegung)
 - II.) Beweisergiebigkeit im Hinblick auf das Beweisthema
 - III.) Beweisüberzeugung
- Terminologie: *Einlassungen*³⁵⁷
 - Zivilrecht: Die Parteien behaupten, meinen oder sind der Ansicht.
 - Strafrecht: Zeugen sagen aus, bekunden oder schildern. Der Angeklagte wird sich im Zweifel einlassen oder gestehen, Tatsachen einräumen, bestreiten oder vorgeben.
 - Öffentliches Recht: Die Beteiligten tragen vor, führen aus oder bringen vor.

³⁵³ Vgl. *Bender/Nack/Treuer*, Tatsachenfeststellung vor Gericht, 3. Aufl. (2009), S. 148, Rdnr. 588.

³⁵⁴ *Bender/Nack/Treuer*, a. a. O., S. 160, Rdnr. 628 f.

³⁵⁵ *Bender/Nack/Treuer*, a. a. O., S. S. 163, Rdnr. 640.

³⁵⁶ Vgl. zu diesem Punkt: *Oberheim*, Zivilprozessrecht für Referendare, 9. Aufl. (2012), S. 154, Rdnr. 48.

³⁵⁷ Im Rahmen der Beweiswürdigung muss man sich mit dem auseinandersetzen, was die Beteiligten vorgebracht haben. Ich hatte Schwierigkeiten damit, in den einzelnen Rollen und Rechtsgebieten die korrekten Begriffe zu verwenden, weshalb ich mir eine kurze Übersicht an diesen Punkt der Liste einfügte.

- ¶ Entscheidungen treffen, wenn eindeutige Rechtsfolgenanordnungen fehlen³⁵⁸
 - Abwägung und Verhältnismäßigkeit
 - Ohne eindeutige Regel und kann man nicht subsumieren, ohne exakt festgelegt Rechtsfolgen kann man diese nicht feststellen – hier muss man abwägen, um Konflikte zu regeln.
 - Dabei sind die widerstreitenden Gesichtspunkte nach Maßgabe ihres Gewichts zum Ausgleich zu bringen.³⁵⁹
 - Abwägungserheblich sind dabei alle von dem Konflikt betroffenen Belange, soweit sie objektiv nicht geringwertig, erkennbar und schutzwürdig sind, sei es, weil sie von den Beteiligten vorgebracht wurden, sei es, weil sie sich dem Bearbeiter aufdrängen müssen.³⁶⁰
 - [Erscheinungsformen
 - Konkrete Folgenabwägung (z.B. im vorl. Rechtsschutz)
 - Fallbezogene Interessenabwägung (z.B. für die Kündigung aus wichtigem Grund, § 34 StGB)
 - Einzelfallabwägung im Verfassungsrecht (praktische Konkordanz)
 - Abwägung im Planungsrecht (Baurecht)]³⁶¹

³⁵⁸ Rückblicken stelle ich fest, dass ich Interessanterweise nichts zu den Rechtsfolgen selbst geschrieben habe. Diese habe ich wohl immer als eine Art Selbstläufer gesehen; entweder sie sind eindeutig, oder ich muss einen Inhalt aus dem nachfolgenden Punkten berücksichtigen. Ihre Analyse wäre jedoch sicher aufschlussreich.

³⁵⁹ *Martini/Finkenzeller*, JuS 2012, 126. Wie Sie nachfolgend sehen können, ist der Aufsatz von Martini und Finkenzeller Grundlage wesentlicher Inhalte zur Abwägung. Im Hinblick auf die Integration von Textfragmenten in die Liste ist interessant, dass es sich bei dem Beitrag um eine spezifische Auseinandersetzung mit der bauplanerischen Abwägung und ihrer Fehlerlehre handelt. Mir halfen jedoch wesentliche Textstellen dabei, die Abwägung ganz allgemein besser zu verstehen.

³⁶⁰ Vgl. ebd.

³⁶¹ *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. (2008), S. 651 f.

- [Abwägungsfehler
 - Die gebotene Abwägung findet nicht statt: *Abwägungsausfall*
 - Es werden nicht alle Belange in die Abwägung eingestellt: *Abwägungsdefizit*
 - Die Gewichtung der Belange wird verkannt: *Abwägungsfehleinschätzung*
 - Der Ausgleich wird in einer Weise vorgenommen, der zum objektiven Gewicht der einzelnen Belange außer Verhältnis steht: *Abwägungsdisproportionalität*]³⁶²
- [Abwägen in vier Phasen
 - 1.) Das Ermitteln des abwägungsrelevanten Materials.
 - 2.) Das Einstellen der Belange in die Abwägung.
 - 3.) Die Gewichtung der einzelnen Belange.
 - 4.) Der Ausgleich konfligierender und konkurrierender Belange bei der Entscheidung.]³⁶³
- Konfligierende Belange und Interessen ausgleichen
 - Achtung: Regelbildung (abstrakt-generell) ist nicht Aufgabe des Rechtsanwenders -> Einzelfallentscheidung!
 - Schema³⁶⁴
 - 1.) Aus der Ermittlung, dem Einstellen und der Gewichtung der konfligierenden Belange, lässt sich ein abstrakter Entscheidungsmaßstab für die vorzunehmende

³⁶² Martini/Finkenzeller, JuS 2012, 126 (127).

³⁶³ Martini/Finkenzeller, a. a. O., 126.

³⁶⁴ Dieses Schema ist ein Paradebeispiel für den generativen Effekt im Umgang mit der Liste. An dieser Stelle habe ich die Erwägungen von Danger zur Darstellung von Wertungsfragen herangezogen und auf das Werturteil zur Abwägung angewendet; vgl. Danger, JA 2005, 523 (527) sowie hier in der Liste unter: >Darstellung der rechtlichen Lösung >Bearbeitungsformen >Urteil >Urteilsstil >Erörterung von Wertungsfragen.

- mende Wertentscheidung – die Abwägung i.e.S. – herleiten.
 - 2.) Anhand dieses Maßstabes müssen die Schwere der Beeinträchtigung auf der einen Seite und das Gewicht des die Beeinträchtigung begründenden Belangs in ein Verhältnis gesetzt werden. Je größer die Nichterfüllung oder Beeinträchtigung auf der einen Seite ist, um so größer muss die Wichtigkeit der Erfüllung auf der anderen Seite sein.
 - 3.) Dieser nun konkrete Entscheidungsmaßstab wird sodann mit den Argumenten für die erwünschte Lösung ausgefüllt und stellt die Begründung des Abwägungsergebnisses dar.
- **Verhältnismäßigkeit beurteilen**
 - Erforderlichkeit und Angemessenheit erfordern immer eine Abwägung der betroffenen Rechtsgüter und Interessen.
 - [Wer sinnvoll handeln will:
 - Der muss (legitime) Ziele setzen und das Mittel bestimmen, mit welchem das Ziel erreicht werden kann,
 - muss die Kosten und Nebenfolgen der Maßnahmen so gering wie möglich halten und
 - muss beachten, dass der Zweck nicht die Mittel heiligt.]³⁶⁵
 - Prüfungsstruktur³⁶⁶

³⁶⁵ Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. (2008), S. 655 f.

³⁶⁶ Dieser Punkt beruht auf Lothar Michaels Aufsatz zur Argumentationsstruktur des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit; *Michael*, JuS 2001, 148-155. Neben den explizit gekennzeichneten Textfragmenten habe ich hier auch die strukturelle Aufbereitung, also die Reihenfolge und Anordnung der Prüfungsschritte, in meine Liste übernommen; in diesem Zusammenhang vgl. insbesondere die Michaels Übersicht, 148 (155).

- 1.) Das verwendete Mittel feststellen und damit das Objekt der Verhältnismäßigkeitsprüfung festlegen.³⁶⁷
 - Wie wurde gehandelt?
 - Eingriffe durch Hoheitsakt (Gesetz, VA etc.).
- 2.) Zweck der Maßnahme durch Auslegung ermitteln.
 - Warum wurde so gehandelt?
 - Geimwohlintereessen, kollidierende Rechtsgüter (mögliche Zweckbeschränkungen durch Gesetz beachten)
- 3.) Geeignetheit
 - Kann mit dem verwendeten Mittel der Zweck überhaupt erreicht werden?
- 4.) Erforderlichkeit
 - Wurde das relativ mildeste Mittel gewählt?
 - Problematisch bei der Auswahl des ›richtigen‹ Störers.
 - Der ermittelte Zweck und der Grad seiner Verwirklichung bilden dabei einen starren Maßstab.³⁶⁸
- 5.) Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne; Übermaßverbot; Zumutbarkeit)
 - Das Gewicht des Zwecks der Maßnahme und die Beeinträchtigung durch das Mittel müssen in einem angemessene Verhältnis

³⁶⁷ Michael, JuS 2001, 148.

³⁶⁸ Michael, a. a. O., 148 (149).

stehen. Es geht nicht um Optimalitätserwägungen, sondern darum ob die Grenzen der Zumutbarkeit gewahrt sind.³⁶⁹

- Abwägung des Gewichts des Zwecks mit der Schwere der Beeinträchtigung
 - [a.) Abstrakt feststellen, welche Belange auf dem Spiel stehen
 - betroffene Grundrechte, Gemeinwohlbelange; verfassungsrechtliches Schutzniveau; eventuell Rangverhältnis der betroffenen Güter
 - es muss jeweils die rechtliche Verankerung der betroffenen Güter und Interessen aufgezeigt werden, denn nur rechtlich relevante Umstände dürfen berücksichtigt werden
 - b.) Konkret feststellen, was dem Betroffenen zugemutet wird
 - Art, Schwere und Dauer des Eingriffs feststellen

³⁶⁹ Vgl. *Michael*, JuS 2001, 148 (149).

- c.) Abwägung i.e.S.]³⁷⁰
 - Kontrolldichte
 - Der Gesetzgeber ist an die Verfassung gebunden, wenn er Gesetze erlässt. Dabei hat er die sog. Einschätzungsprärogative hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit von Gesetzen, vor allem bei Diagnosen aktueller Zustände sowie Prognosen über künftige Entwicklungen.³⁷¹
 - Die Verwaltung ist an die gesetzlichen Vorgaben gebunden. Ihre Maßnahmen sind vom Gericht vollständig auf Geeignetheit und Erforderlichkeit überprüfbar.
 - Gleichbehandlung überprüfen
 - Prüfungsstruktur³⁷²
 - 1.) Ansatz: Rechtliche Ungleichbehandlung von vermeintliche Gleichem oder rechtliche Gleichbehandlung von vermeintliche Ungleichem.³⁷³
 - 2.) [Elementlehre und Willkürprüfung: Nie sind zwei Sachverhalte in jeder Beziehung gleich; sonst wären sie identisch. Sie sind nur in bestimmten Elementen gleich und in anderen Elementen ungleich. Die Wertung, welche Elemente prägend (und damit vergleichbar) sind, obliegen dem Rechtsanwender. Es muss

³⁷⁰ Michael, JuS 2001, 148 (150).

³⁷¹ Vlg. Schwerdtfeger/Schwerdtfeger, Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung, 14. Aufl. (2012), S. 181-183, Rdnr. 461-467.

³⁷² Ein sehr schönes Beispiel dafür, wie ich Inhalte auf ihre Transferierbarkeit hin angepasst habe. Die umklammerte Stelle basiert auf Schwerdtfeger/Schwerdtfeger, a. a. O., S. 191 f., Rdnr. 491 ff. Allerdings befasst sich die angegebene Fundstelle spezifisch mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG). Ich habe versucht, die dortigen Ausführungen für meine Zwecke anzupassen.

³⁷³ Schwerdtfeger/Schwerdtfeger, a. a. O., S. 191, Rdnr. 491 und S. 193, Rdnr. 494.

ein vernünftiger, einleuchtender Grund dafür angeführt, dass die jeweiligen Elemente als prägend bewertet werden. Ansonsten ist die Ungleich- bzw. Gleichbehandlung an diesem Punkt schon willkürlich und damit rechtswidrig.]³⁷⁴

- [a.) Mittel/Maßnahme/Anlass der potentiellen Ungleichbehandlung feststellen und damit das Prüfungsobjekt festlegen
- b.) Zweck und Kontext der Gleich- bzw. Ungleichbehandlung bestimmen
- c.) Abstrakte Vergleichsbasis festlegen
 - Ausgangs- und Leittypen bestimmen bzw. Klassen- oder Typusbegriffe herausarbeiten.
- d.) Im konkreten nun Übereinstimmungen einerseits und Merkmalsunterschiede andererseits herausarbeiten.]³⁷⁵
- 3.) Gewichtung des Sachgrundes für die eigentliche Unterscheidung der Sachverhalte nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.³⁷⁶
 - Steht die Beeinträchtigung durch die Gleich- bzw. Ungleichbehandlung mit dem Gewicht des die Be-

³⁷⁴ *Schwerdtfeger/Schwerdtfeger*, Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung, 14. Aufl. (2012), S. 191 f., Rdnr. 492 f. und S. 193, Rdnr. 494.

³⁷⁵ Ein weiteres schönes Beispiel dafür, wie Inhalte in der Auseinandersetzung miteinander vermischt werden; an dieser Stelle habe ich Gedanken von Lothar Michael zur Struktur der Prüfung des Gleichheitsgrundsatzes integriert; vgl. *Michael*, JuS 2001, 148 (154 f.).

³⁷⁶ *Schwerdtfeger/Schwerdtfeger*, a. a. O., S. 191, Rdnr. 493 und S. 193, Rdnr. 494.

einträchtigung begründenden
Zwecks in einem angemessenen
Verhältnis zu den festgestellten
Unterschieden und Übereinstimmungen?

- Ermessensentscheidungen treffen
 - [*Handlungsperspektive* des Rechtsanwenders: Es gelten Maßstäbe wie Effizienz, Akzeptabilität, Zeitrichtigkeit oder Implementationstauglichkeit.
 - *Kontrollperspektive* des Gerichtes: Handelte der Rechtsanwender rechtmäßig?³⁷⁷
 - Kategorien
 - [Rechtssetzungsermessen
 - Soweit Rechtsanwender zur Rechtsetzung ermächtigt ist, erfolgen keine gerichtlichen Zweckmäßigkeitserwägungen.
 - Entschließungsermessen
 - Will der Rechtsanwender überhaupt tätig werden?
 - Auswahlermessen
 - Welche der möglichen und rechtlich zulässigen Maßnahmen will der Rechtsanwender im konkreten Fall treffen?³⁷⁸
 - So unterliegt die Entscheidung, gegen wen die Maßnahme zur Gefahrenabwehr zu richten ist dem Auswahlermessen, wenn mehrere Störer vorhanden sind.
- Prüfungsstruktur Ermessensentscheidungen

³⁷⁷ Voßkuhle, JuS 2008, 117.

³⁷⁸ Ebd.

- Es handelt sich nicht um ein »freies Ermessen« sondern um ein rechtlich gebundenes, pflichtgemäßes Ermessen.³⁷⁹
- [1.) Mittel/Handlungsweise feststellen
- 2.) Zweck der Ermächtigungsgrundlage für die Maßnahme ermitteln
- 3.) Wurde vom Rechtsanwender erkannt, dass es sich um eine Ermessensentscheidung handelt?
 - *Ermessensnichtgebrauch*
- 4.) Wurde der Ermessensspielraum vollständig erkannt?
 - *Ermessensunterschreitung*
- 5.) Hat der Rechtsanwender auf seine Ermessensentscheidung eine Rechtsfolge gewählt, die von der EGL gedeckt ist?
 - sonst *Ermessensüberschreitung*
 - Zu den rechtlichen Grenzen gehören auch die verfassungsrechtlichen Vorgaben, insbesondere die Grundrechte, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und des Gleichbehandlungsgebot (Selbstbindung).
- 6.) Hat der Rechtsanwender auch sachgerechte Erwägungen getroffen?
 - wenn die Ermessensentscheidung auf sachfremden Erwägungen basiert oder gesetzliche Zielvorstellungen nicht beachtet, liegt ein *Ermessensfehlgebrauch* vor.]³⁸⁰

³⁷⁹ Voßkuhle, JuS 2008, 117 (118).

³⁸⁰ Kintz, Öffentliches Recht im Assessorexamen, 8. Aufl. (2012), S. 126 f., Rdnr. 336.

- Maßnahmen auf ihre Effektivität überprüfen
 - Wer als Normgeber das Ziel festlegt, muss auch die notwendigen Mittel bereitstellen.³⁸¹
 - Untermaßverbot: Auf dem Umweg über Schutzpflichten werden aus den Abwehrrechten der Verfassung Leistungsansprüche.³⁸²
 - Prüfungsstruktur³⁸³
 - 1.) Mittel des Schutzes
 - 2.) Schutzzweck
 - 3.) Geeignetheit
 - 4.) Effektivität
 - Existiert ein effektiveres, gleich mildes Mittel?
 - 5.) Abwägung von Schutzzweck und Effektivität
 - Ein Schutzdefizit besteht, wenn der Schutzzweck mit den zur Verfügung gestellten Mitteln nicht hinreichend erreicht werden kann.
- Entscheidungen anderer Bewerten
 - Terminologie
 - *Beurteilungsspielraum*
 - Liegt vor, wenn die letztendliche Entscheidungskompetenz bei der Feststellung der Tatbestandsvoraussetzungen beim Rechtsanwender liegt (Letztentscheidungsermächtigung).³⁸⁴ Ob ein Beurteilungsspielraum des Rechtsanwenders

³⁸¹ Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. (2008), S. 656.

³⁸² Ebd.

³⁸³ Abgeleitete Kombination aus Röhl und Röhl's Ausführungen zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sowie zum Effektivitätsgebot, vgl. Röhl/Röhl, a. a. O., S. 655 f.

³⁸⁴ Röhl/Röhl, a. a. O., S. 247.

- gegeben ist, muss im Rahmen der Auslegung ermittelt werden.
- Grund für die Einräumung von Beurteilungsspielraum ist, dass die ›Tatsachen‹ die der ›Beurteilung‹ zu Grunde liegen, regelmäßig nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststehen (z.B. Zuverlässigkeit oder Eignung) können. Sie sind zu vage.³⁸⁵
 - *Ermessensspielraum*
 - Die Entscheidungskompetenz auf Rechtsfolgenseite liegt beim Rechtsanwender, und zwar weil sie nur unter Berücksichtigung aller erst in concreto zu ermittelnden Tatsachen und Umständen getroffen werden kann (Einzelfallgerechtigkeit durch größer Sachnähe).
 - Stehen mehrere Möglichkeiten zur Wahl, geht es nicht darum, die richtige Handlungsweise zu wählen, sondern darum, dass die Wahl vertretbar ist.³⁸⁶
 - Prognoseprobleme berücksichtigen
 - [Für alle Wahrscheinlichkeitsurteile muss angegeben werden, auf welchen Wissenshorizont sie sich beziehen, um beurteilen zu können, ob sie zutreffend gefällt (=vertretbare Entscheidung) worden sind oder nicht.]³⁸⁷
 - Beispiel vor Augen: Gefahrbegriff im Polizeirecht³⁸⁸

³⁸⁵ Voßkuhle, JuS 2008, 117 (118).

³⁸⁶ Vgl. Engisch, Einführung in das juristische Denken, 11. Aufl. (2010), S. 229 f.

³⁸⁷ Porscher/Rustenberg, JuS 2011, 984 (987).

³⁸⁸ Durch die Lektüre des Beitrags von Porscher und Rustenberg wurde mir erst so richtig bewusst, dass Juristen es häufig mit der nachträglichen Beurteilung von menschlichem Verhalten in Situationen zu haben, welche multidimensional sind und in der Informationsdefizite eine entscheidende Rolle spielen. Dennoch wollen und müssen hier Menschen

- [Zeitliche Dimension
 - Gefahrbeurteilung aus der Perspektive ex ante: Beurteilung zu dem Zeitpunkt, in dem die Entscheidung über die Abwehrmaßnahme getroffen werden muss.
- Perspektivisch-personelle Dimension
 - *Objektiver oder subjektive Gefahrenbegriff*: Muss auf den Durchschnittsbeamten oder den konkreten Beamten abgestellt werden?
 - So erklären sich die Begriffe *Anscheinsgefahr*, *Gefahrenverdacht* und *Putativgefahr*, denn diese Kategorien hängen unmittelbar damit zusammen, dass das Polizeirecht ursprünglich auf einem objektiven Gefahrenbegriff beruhte. Dies wurde durch die obigen Kategorien versucht abzumildern, damit nicht die Sorge um rechtswidrige Diensthandlung die Effektivität der Gefahrenabwehr beeinträchtigt. Letztlich wird nun zunächst auf den subjektiven Gefahrenbegriff abgestellt und erst auf der Sekundärebene auf den objektiven Gefahrenbegriff.]³⁸⁹
- [Sachliche Dimension
 - Bezieht sich auf die Merkmale der Situation, welche der Beurteilung zu Grunde gelegt werden können.
 - *Abstrakte Gefahr*: Sachlage, bei der typischerweise mit dem Eintritt eines Schadens gerechnet werden kann.

handeln, um Schlimmeres für andere zu verhindern. Aus dieser Sicht wird der sonst so trocken daherkommende Gefahrbegriff im Polizeirecht zu einer hochinteressanten Materie aus der sich im Übrigen allgemeine Grundsätze ableiten lassen, wie man mit Prognoseentscheidung umgehen muss; *Porscher/Rusteberg*, JuS 2011, 984-989 (2. Teil).

- *Konkrete Gefahr*: Sachlage des konkreten Sachverhalts lässt erwarten, dass Schaden eintreten wird.
- Quantitative Dimension
 - *Gegenwärtige Gefahr*: Schaden wird mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eintreten.
 - *Erhebliche Gefahr*: besonderes Gewicht des gefährdeten Rechtsguts.
 - *Gefahr im Verzug*: besondere Eilbedürftigkeit.]³⁹⁰

³⁸⁹ Porscher/Rusteberg, JuS 2011, 984 (987 f.).

³⁹⁰ Porscher/Rusteberg, a. a. O., 984 (988 f.).

- ¶ Arbeitswerkzeug, Hilfsmittel, Material, Quellen heranziehen und verwenden³⁹¹
 - Die Arbeitsanweisung
 - (Klausursituation: »Der Bearbeitervermerk steht über dem Gesetz«)³⁹²
 - Das Gesetz
 - Das Gesetz lese ich, weil ich eine einschlägige Norm finden und diese Norm dann auslegen und subsumieren will. Das Gesetz besitzt in der juristischen Argumentation das größte Gewicht. Immer wenn mit dem Gesetz argumentiert werden kann, ist dies der effizienteste und sicherste Weg.
 - Das Gesetz lesen
 - (🔍 Such- und Auslegungslesen)
 - Der Kommentar³⁹³
 - Stellt nach der Legaldefinition die 2. Quelle für Definitionen dar.³⁹⁴

³⁹¹ Für mich stellt dieser Punkt ein essenzielles Element der praktischen Rechtsanwendung dar. Ohne den Umgang mit Büchern wie dem Gesetz und dem Kommentar, ist eine rechtliche Prüfung im engeren Sinne nicht möglich. An dieser Stelle habe ich den Umgang mit Online- und sonstigen digitalen Angeboten nicht berücksichtigt. Dazu blieb leider in der Examensvorbereitung keine Zeit mehr. Dieser Punkt birgt also noch großes Potential in sich.

³⁹² Ein Ausspruch des Leiters meiner Referendars-Arbeitsgemeinschaft zum Zwangsvollstreckungsrecht, VROLG a. D. Schmidt-Eichhorn.

³⁹³ Ein Inhalt, dessen Herstellung ein weiteres Aha-Erlebnis für mich darstellte. Denn in diesem Zusammenhang erkannte ich die Nützlichkeit des pragmatisch orientierten syntopischen Lesens: Fehlt eine Information, so besorge man sie sich. Das mag banal klingen, aber für einen Examenskandidaten, der mit Datenträgern aller Art nur so zugeschüttet wird, ist es eigentlich kaum denkbar, sich selbst auf die Suche nach Inhalten zu machen, die weder in gängigen Lehrbüchern noch in den Skripten von AG-Leitern und Repetitoren auftauchen. Wie Sie im Verlauf der Liste sehen können, habe ich mich eigentlich darauf beschränkt, die Gestaltung des Kommentars eingehend zu analysieren. Dazu habe ich auf den Palandt und den Baumbach/Hopt zurückgegriffen.

³⁹⁴ Vgl. Forster, JuS 1992, 234 (239).

- § 823 Rn. 2: »Unter **Handlung** ist ein der Bewusstseinskontrolle u Willenslenkg unterliegendes beherrschb Verhalten unter Ausschluss phys Zwangs od unwillkürl Reflexes durch fremde Einwirkg zu verstehen.«³⁹⁵
- Den Kommentar lesen
 - Anhand der aufgeführten *Beispiele* können Fallvergleiche angestellt werden, um die Probleme des Einzelfalls herauszuarbeiten und eine Argumentationsbasis zu entwickeln.
 - § 823 Rn. 8: [Beispiele – Rechtliche Beeinträchtigung: EigentVerlust des Baustofflieferanten, weil Bauherr den Einbau des dem BauUntern unter verlängertem EigentVorbek gelieferten Materials duldet, auch wenn die Abtretbark der Vergütungsford des BauUntern vertragl beschränkt war.]³⁹⁶
 - Hinweise auf *abweichende Meinungen* (»aA«), Streitstände (»str«) oder auf Regelmäßigkeiten (»idR«) geben Hinweise eventuell zu erörternde Problemstellungen. Dabei geben aufgeführten Lösungen der Rechtsprechung die entscheidende Lösungstendenz und Argumentationsrichtung vor.
 - Besonders hilfreich sind die *Anmerkungen zur Beweislast*, die in nicht evidenten Fällen stets gegengelesen werden sollten.
 - § 823 Rn. 81: »Steht der obj Verstoß aber fest, muss der SchutzG Übertretende idR Umst darlegen u beweisen, die geeignet sind, die daraus folgende Annahme der seines Verschuldens auszuräumen ...«³⁹⁷

³⁹⁵ Palandt/Sprau, BGB, 70. Aufl. (2011), § 823 Rdnr. 2.

³⁹⁶ Palandt/Sprau, a. a. O., § 823 Rdnr. 8.

³⁹⁷ Palandt/Sprau, a. a. O., § 823 Rdnr. 81.

- Aus der *Untergliederung der Anmerkungen* lassen sich Prüfungsschemata und Checklisten ableiten.
- Die *Verweise* auf weitere Vorschriften stellen sicher, dass die eigene Prüfung dem Vollständigkeitsgebot genügen kann.
- **Bestandteile und Arbeitshilfen identifizieren**
 - *Inhaltsverzeichnis des gesamten Kommentars*
 - Das Inhaltsverzeichnis entspricht im Wesentlichen dem des jeweiligen Gesetzestextes und wird dann wichtig, wenn der Kommentar – wie beispielsweise der HGB- oder Arbeitsrechtskommentar – eine Vielzahl von Nebengesetzen enthält.
 - *Abkürzungsverzeichnis*
 - *Sachverzeichnis*
 - Grundsätzlich gilt: **Fette Zahl**=§§, magere Zahl=Randnummer
 - *Inhaltsverzeichnis der einzelnen Kommentierung*
 - Umfangreiche Kommentarstellen werden mit eigenen Inhaltsverzeichnissen versehen, aus denen sich ein Prüfungsschema und der Umfang der vorzunehmenden Prüfung ableiten lässt.
 - Hier sollte man sich auch einen Überblick über die Darstellung verschaffen, um bei der Bearbeitung keine wesentlichen Punkte außer Acht zu lassen (z.B. Beweislastregelungen).
 - *Grundrissdarstellungen*
 - Bedeutende Teilabschnitte/Titel werden mit Einführungen versehen in denen neben Zweck, Wesen und Grundvoraussetzungen des jeweiligen Rechtsinstituts auch seine systematische Stellung im Ge-

samtkonzept behandelt (vgl. »Palandt Einf v § 823«).

- Einführungsdarstellungen: Darstellungen, die in die Zusammenhänge des betreffenden Rechtsgebietes oder Gesetzesabschnittes einführen, sind in strikter Auswahl und nur beispielhaft enthalten in:
 - *Einleitung*
 - vor einem Buch des Hauptgesetzes oder einem Nebengesetz
 - *Überblick*
 - vor dem Abschnitt eines Buchs oder Nebengesetzes
 - *Vorbemerkung*
 - vor Paragraphen-Komplexen
 - Im Palandt heißen diese Darstellungen schlicht »Einführung«.
 - *Anmerkungen und Kommentierungen*
 - *Anmerkungsgliederung*³⁹⁸
 - I) Ausnahmsweise werden römische Zahlen als Gliederungsmittel vor arabischen Zahlen verwendet.
 - 1) Die Gliederung beginnt mit arabischen Ziffern und wird nach Bedarf fortgesetzt,
 - A) in der Regel mit großen,
 - a) dann kleinen Buchstaben, einfach,
 - aa) dann doppelt.
 - Welche Gliederung verwendet wird, hängt davon ab, wie umfangreich untergliedert werden

³⁹⁸ Vgl. hierzu: *Baumbach/Hopt/Bearbeiter*, HGB, 34. Aufl. (2010), Benutzungshinweise, S. XIX f.

muss. Der Palandt untergliedert regelmäßig: 1); a); aa)

- *Anmerkungsaufbau:*
 - 1.) Allgemeines
 - Bedeutung
 - Schutzzweck
 - Schutzgut
 - Historie
 - 2.) Voraussetzungen
 - 3.) Begriffe
 - Intension: Definition
 - Extension: Beispiele
 - 4.) Rechtsfolgen
 - 5.) Konkurrenzen
 - 6.) Beweislast
 - 7.) Sonderfälle
 - 8.) Sonstige – im Zusammenhang stehende – Vorschriften
- *Abkürzungen*
 - »Abkürzungen von Gesetzen, Verordnungen, Gebietskörperschaften, Ortsnamen, Zeitschriften, Entscheidungssammlungen und von Wörtern der Fach- und Umgangssprachen sind im Abkürzungsverzeichnis aufgeführt. Ausnahmsweise werden Abkürzungen für in bestimmten Anmerkungskomplexen laufend vorkommende Begriffe bei der Anmerkungüberschrift bezeichnet.«³⁹⁹
- *Belegstellen aus Rechtsprechung und Literatur*
 - [Vorrang hat die jüngere vor der älteren bei gleichem Inhalt; sonst die inhalts- und belegstellenreichere vor der inhalts- und belegstellenärmeren. In der Regel hat

³⁹⁹ Baumbach/Hopt/Bearbeiter, HGB, 34. Aufl. (2010), Benutzungshinweise, S. XIX.

die amtliche Sammlung (z.B. RG oder BGH) Vorrang vor jeder Zeitschrift. Bei mehrfacher Veröffentlichung haben die Zeitschriften nach dem Rang der Dichte Ihrer Verbreitung Vorrang.]⁴⁰⁰

- *Verweisungen*
 - [Verweisungen innerhalb der Kommentierung, sowie auch Zitierungen, erfolgen grundsätzlich nach Randnummern und nicht nach dem Anmerkungsaufbau. Innerhalb eines Paragraphen nur durch bloße Angabe derselben (s. Rn 3), sonst durch Angabe des Paragraphen mit der in Bezug genommenen Randnummer (§15 Rn 3) oder durch Hinweis auf eine grundsätzliche Darstellung mit der entsprechenden Randnummer (Einf v § 823 Rn 2).]⁴⁰¹
- *Meinungsspektrum*
 - [Abweichende Ansichten (a.A.) sind stets nur beispielhaft angegeben. Dagegen ist nach grundsätzlich vermerkt, wenn die Kommentierung von der Rechtsprechung eines obersten Bundesgerichts abweicht.]⁴⁰²

⁴⁰⁰ Baumbach/Hopt/Bearbeiter, HGB, 34. Aufl. (2010), Benutzungshinweise, S. XX.

⁴⁰¹ Ebd.

⁴⁰² Ebd.

- ¶ Problemerörterung und Argumentation

- Argumentieren

- Kern der juristischen Tätigkeit: Mit der juristischen Methode als Grundlage gelange ich zur Ungewissheit eines Problems. [Gestritten wird hier letztlich nicht um Wörter, sondern um Fakten bzw. Fälle. Dieses Problem gilt es dann mit Argumenten zu bearbeiten und aufzulösen.]⁴⁰³
- Argumentation ist ein dynamischer Prozess, eine Reaktion auf Situationen, in denen ich mehrere Aspekte oder Sichtweisen zu berücksichtigen habe.
- Weglassen: »Wenn man nur ein einziges Argument gebraucht hat, um den Streit zu entscheiden, wozu hat man dann all die anderen aufgezählt?«⁴⁰⁴
- Argumentation muss nachvollziehbar sein. Argumente müssen geordnet werden und durch Beispiele, Vergleiche und Bilder veranschaulicht werden.⁴⁰⁵
- Gegenargumente erschöpfend behandeln!

- Appellieren mit Argumenten

- [*Rationalität*]
 - Basis = Fakten
 - Mittel = Fälle, Tatsachen, Statistiken
 - Ziel = Verstand
 - Bsp.: Der Durchschnitt aller Lebenslänglichen wird nach 22 Jahren Freiheitsstrafe entlassen
- *Ethik*
 - Basis = Werte
 - Mittel = Begriffe, Grundsätze, Normen
 - Ziel = Gewissen
 - Bsp.: Die Gerechtigkeit fordert die Vollstreckung der lebenslangen Freiheitsstrafe
- *Plausibilität*
 - Basis = Vorurteile

⁴⁰³ Vgl. *Haft*, Juristische Rhetorik, 8. Aufl. (2009), S. 96 ff.

⁴⁰⁴ *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 2. Aufl. (2011), S. 184.

- Mittel = Erfahrungssätze, Pauschalurteile, Zitate
- Ziel = Gefühl
- Bsp.: Sollen Mörder frei herumlaufen?]⁴⁰⁶
- Argumentformen
 - *Fakten*
 - »Ein guter Grund genügt.«⁴⁰⁷
 - *Autoritätsbeweis*⁴⁰⁸
 - Aus sich heraus nicht überzeugend, allerdings praktisch geboten, wenn in einer Hierarchie gearbeitet wird (z.B. gerichtlicher Instanzenzug).
 - *Umkehrschluss*
 - Geschlossen wird auf den Willen des Gesetzgebers oder der Parteien, den man aus einem Schweigen folgert, weil es bei einem gegenteiligen Willen einen hinreichenden Grund zum Reden gegeben hätte.⁴⁰⁹
 - Unausweichlich wird der Umkehrschluss bei Formulierungen wie »nur« oder »ausschließlich«.⁴¹⁰
 - Der Umkehrschluss ist ausgeschlossen, bei Texten, die Wörter wie »insbesondere« oder »namentlich«, »gerade«, »zumindest« enthalten.⁴¹¹
 - *Erst-Recht-Schluss*
 - [Jedes Erst-Recht-Argument basiert auf einem steigerungsfähigen Begriff und einer mit Hilfe dieses Begriffes gebildeten komparativen Rechtsregel.
 - In je höherem Maße das steigerungsfähige Merkmal gegeben ist, desto eher tritt die Rechtsfolge ein (argumentum a minore ad maius)

⁴⁰⁵ Vgl. *Haft*, Juristische Rhetorik, 8. Aufl. (2009), S. 168.

⁴⁰⁶ Diesen Inhalt habe ich vollständig aus einer Übersicht Fritjof Hafts übernommen und in die Form meiner Liste eingepasst. Man sieht hieran schön, wie sich auch Tabellen und Schemata in Listenform übersetzen lassen; *Haft*, a. a. O., S. 111.

⁴⁰⁷ *Walter*, Kleine Rhetorikschule für Juristen, 2009, S. 186.

⁴⁰⁸ Vgl. hierzu *Walter*, a. a. O., S. 190 ff.

⁴⁰⁹ *Walter*, a. a. O., S. 188.

⁴¹⁰ *Walter*, a. a. O., S. 189.

⁴¹¹ *Walter*, a. a. O., S. 190.

- In je geringerem Maße das steigerungsfähige Merkmal gegeben ist, desto eher tritt die Rechtsfolge nicht ein (argumentum a maiore ad minus)
- In je höherem Maße das steigerungsfähige Merkmal gegeben ist, desto eher tritt die Rechtsfolge nicht ein (argumentum a minore ad maius)
- In je geringerem Maße das steigerungsfähige Merkmal gegeben ist, desto eher tritt die Rechtsfolge ein (argumentum a maiore ad minus)]⁴¹²
- [Der Erst-Recht-Schluss ist nur dann gültig, wenn sich die beiden verglichenen Fälle durch nichts anderes unterscheiden als dadurch, dass das steigerungsfähige Merkmal im zu entscheidenden Fall in schwächeren Maß ausgeprägt ist als im Ausgangssatz.]⁴¹³
- Bsp.: die Haftung wegen Anfechtung ist eine andere als die vorvertragliche Haftung und kein weniger oder mehr an Haftung
- Achtung: Eine Schwäche dieses Argumentes ist, das jeder Erst-Recht-Schluss leicht umgekehrt werden kann.⁴¹⁴
- *Absurditäts-Argument*
 - Ist eine besondere Art des Folgenarguments: ›Wenn ... dann ... und das kann evident nicht sein.‹
 - [Dieses Argumentationsmuster ist nur unter folgenden Voraussetzungen gültig:
 - Absurditätspostulat: Die abgeleitete Konsequenz muss wirklich absurd sein und nicht nur nach Ansicht des Autors falsch.
 - Folgerichtigkeitspostulat: Die absurde Konsequenz muss aus der richtig und vollständig dargestellten These nach den Regeln der Logik folgen.

⁴¹² Puppe, Kleine Schule des juristischen Denkens, 2. Aufl. (2011), S. 121.

⁴¹³ Puppe, a. a. O., S. 127.

⁴¹⁴ Puppe, a. a. O., S. 109.

- Absurditätspostulat: Die ad absurdum geführte These muss sich zu der zu beweisenden wie »a« zu »non a« verhalten, es darf kein Drittes geben.
- Vollständigkeitspostulat: Die Gegenthese muss das absurde Ergebnis in alle Fällen zu vermeiden geeignet sein, in denen es nach dem argumentum ad absurdum ableitbar ist.
- Ausschließlichkeitspostulat: Es darf keine Möglichkeit geben, diese logische Konsequenz auf andere Weise zu vermeiden, als durch die Preisgabe der These.]⁴¹⁵
- [Ausschluss-Argument
 - Voraussetzung ist, dass alle in Betracht kommenden Faktoren bekannt sind, denn andernfalls handelt es sich um einen Fehlschluss.
 - Bsp.: Wenn nur A, B, und C als Ursachen in Betracht kommen, dann liegt die Ursache in C, wenn A und B nicht gegeben sind.]⁴¹⁶
- Falsifizierung⁴¹⁷
- Ergänzende Argumente
 - [Art von Argumenten, die nur in Verbindung mit anderen Argumenten eine Rechtsansicht begründen können.
 - Bsp.: Rechtsansicht vermeidet Beweisschwierigkeiten; Rechtsansicht erlaubt klare Unterscheidung; Rechtsansicht vermeidet Lücken im System]⁴¹⁸
- Argumente anordnen
 - Lineare Argumentation⁴¹⁹
 - Aneinanderreihung von Argumenten, untereinander verschränkt durch deduktive, induktive Strukturen.⁴²⁰

⁴¹⁵ Puppe, Kleine Schule des juristischen Denkens, 2. Aufl. (2011), S. 129 f.

⁴¹⁶ Walter, Kleine Rhetorikschule für Juristen, 2009, S. 198 f.

⁴¹⁷ Vgl. Haft, Juristische Schreibschule, 2009, S. 125.

⁴¹⁸ Puppe, a. a. O., S. 192.

⁴¹⁹ Vgl. Haft, a. a. O., S. 102 ff.

- [Dialog]
 - Die Ausdrucksart desjenigen, der bereits Stellung bezogen hat und diese gegen alle Gegenargumente verteidigen will (Urteil).
 - Bsp.: »Auch der, der in Wahrheit einen Mord begangen hat, verdient einmal Ruhe. Dem widerspricht zwar das Rechtsgefühl. Aber ihm Rechnung zu tragen war im ersten Strafverfahren Gelegenheit. Das Gericht hätte den Fall eben restlos aufklären müssen.«⁴²¹
- [Vergleich]
 - die adäquate Darstellung für denjenigen der noch Zweifel ausdrücken will (Gutachten)
 - Bsp.: »Für ein neues Verfahren spricht das Rechtsgefühl. Dagegen steht das Interesse auch des Mörders einmal in Ruhe gelassen zu werden. Das Gericht hätte beim ersten Verfahren sorgfältiger arbeiten müssen. Die Gründe gegen ein neues Verfahren überwiegen.«⁴²²
- *Argumentationstennis*⁴²³
 - [Regelmäßig ergibt sich ein eindeutige oder doch mindestens eine plausible Zuordnung der Argumente schon aus deren Inhalt – zum Beispiel nach den verschiedenen Methoden der Rechtsgewinnung. So können die Argumente für und wider gegenübergestellt werden.]⁴²⁴
 - »So lässt sich die Problemdiskussion strukturieren, bildlich gesprochen: Unser Tennismatch lässt sich in einzelne Sätze aufteilen. Nach jedem Satz muss der Jurist dann, gewissermaßen als Schiedsrichter, entscheiden, welche Partei ihn gewonnen hat oder ob er unentschieden ausgegangen ist.«⁴²⁵
- *Pro und Contra Anordnung*

⁴²⁰ Haft, Juristische Rhetorik, 8. Aufl. (2009), S. 103.

⁴²¹ Haft, a. a. O., S. 108.

⁴²² Haft, a. a. O., S. 108.

⁴²³ Puppe, Kleine Schule des juristischen Denkens, 2. Aufl. (2011), S. 185 ff.

⁴²⁴ Puppe, a. a. O., S. 185 f.

⁴²⁵ Puppe, a. a. O., S. 186.

- *Sachorientierte Meinungsgruppen*
- *Ordnung nach Überzeugungskraft*
- *Entlang der klassischen Auslegungsmethoden*
- [Argumentation bei Wertungsfrage einbetten
 - 1.) Abstrakte Herleitung des Entscheidungsmaßstabes.
 - 2.) Ergebnis im konkreten Fall und seine konkrete Begründung am Entscheidungsmaßstab (Argumentation i.e.S.).
 - 3.) Besonderheiten des konkreten Falls, die das Ergebnis jedoch im Hinblick auf den Entscheidungsmaßstab nicht beeinflussen.]⁴²⁶
- Theorie der juristischen Argumentation⁴²⁷
 - Juristische Argumentation ist durch die Bindung an das geltende Recht gekennzeichnet.⁴²⁸
 - Wann ist eine juristische Entscheidung richtig? Im Kern geht es um die vernünftige Begründung einer normativen Aussage im Rahmen der geltenden Rechtsordnung.⁴²⁹
 - Interne Rechtfertigung (durch Struktur und Nachvollziehbarkeit)⁴³⁰
 - Meta-Struktur, die rechtfertigt: deduktive Begründungsstruktur, welche die nicht dem positiven Recht entnommenen Prämissen in vollem Ausmaß verdeutlicht.
 - [Zur Begründung eines juristischen Urteils muss mindestens eine universelle Norm angeführt werden.
 - Das juristische Urteil muss aus mindestens einer universellen Norm zusammen mit weiteren Aussagen logisch folgen.]⁴³¹

⁴²⁶ Diese Vorgehensweise habe ich aus den Hinweisen zur Erörterung von Wertungsfragen von Jörg Danger abgeleitet; *Danger*, JA 2005, 523 (527).

⁴²⁷ Es ist wohl offensichtlich, dass dieser Punkt insgesamt auf Robert Alexys faszinierender Studie beruht; *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 3. Aufl. (1996).

⁴²⁸ *Alexy*, a. a. O., S. 263.

⁴²⁹ *Alexy*, a. a. O., S. 272.

⁴³⁰ Vgl. *Alexy*, a. a. O., S. 273 ff.

⁴³¹ *Alexy*, a. a. O., S. 275.

- Immer dann, wenn zweifelhaft ist, ob eine Individuenkonstante einer Tatbestandsvoraussetzung der Norm entspricht, ist eine Regel anzugeben, die diese Frage entscheidet.⁴³²
- [Es sind so viele Entfaltungsschritte erforderlich, dass man zu solchen Ausdrücken gelangt, von denen nicht mehr streitig ist, dass sie auf den fraglichen Fall zutreffen.
- Es sind möglichst viele Entfaltungsschritte anzugeben.]⁴³³
- Externe Rechtfertigung⁴³⁴
 - Gegenstand ist die Begründung der in der internen Rechtfertigung benutzten Prämissen.⁴³⁵
 - Was ist eigentlich eine Prämissen?⁴³⁶
 - (Philosophie) erster Satz eines logischen Schlusses
 - (Bildungssprachlich) das, was einem bestimmten Projekt, Plan o. Ä., einem bestimmten Vorhaben o. Ä. gedanklich zugrunde liegt; Voraussetzung; Bedingung; Grundlage
 - Insbesondere Prämissen, die weder Regeln des positiven Rechts noch empirische Aussagen sind.⁴³⁷
 - *Externe Rechtfertigung durch Argumentformen der Canones der Auslegung*⁴³⁸

⁴³² Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 3. Aufl. (1996), S. 279.

⁴³³ Alexy, a. a. O., S. 280.

⁴³⁴ Alexy, a. a. O., S. 283 ff.

⁴³⁵ Alexy, a. a. O., S. 283.

⁴³⁶ An dieser Stelle half es mir zu vergegenwärtigen, was die präzise Wortbedeutung des von Alexy so häufig gebrauchten Begriffs der Prämisse ist. An dieser Stelle fügte ich zwei Definition aus dem Duden Online-Lexikon ein; Duden Online-Lexikon, »Prämisse«, abrufbar im Internet: <<http://www.duden.de/rechtschreibung/Praemisse>>, zuletzt aufgerufen am 20. Juni 2016.

⁴³⁷ Alexy, a. a. O., S. 283.

⁴³⁸ Vgl. Alexy, a. a. O., S. 299 ff.

- Es handelt sich nicht um Regeln, sondern um Schemata von Argumenten, oder aber auch »Argumentformen« – sie bezeichnen die Struktur juristischen Argumentierens.⁴³⁹
- [Die Bestimmung des Gewichts von Argumenten verschiedener Formen hat nach Gewichtungsregeln zu erfolgen.« Verhältnisse von Argumenten müssen ebenfalls begründet werden; dies ist nur im Hinblick auf bestimmte Auslegungssituationen und Rechtsgebiete möglich.]]⁴⁴⁰
- »Argumente, die eine Bindung an den Wortlaut des Gesetzes oder den Willen des historischen Gesetzgebers zum Ausdruck bringen, gehen anderen Argumenten vor, es sei denn, es lassen sich vernünftige Gründe dafür anführen, den anderen Argumenten den Vorrang einzuräumen.«⁴⁴¹
- »Jede der zu den Canones der Auslegung zu rechnenden Argumentformen ist zu sättigen.«⁴⁴²
 - »Ein Argument einer bestimmten Form ist nur dann vollständig, wenn es sämtliche zu dieser Form gehörenden Prämissen enthält.«⁴⁴³
 - [Empirische Begründungen über Sprachgebrauch, Behauptungen über den Willen des Gesetzgebers oder am Gesetzgebungsverfahren Beteiligter, über frühere Rechtszustände oder Rechtszustände in anderen Staaten sowie Folgebehauptun-

⁴³⁹ Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 3. Aufl. (1996), S. 301.

⁴⁴⁰ Alexy, a. a. O., S. 306.

⁴⁴¹ Alexy, a. a. O., S. 305.

⁴⁴² Alexy, a. a. O., S. 302.

⁴⁴³ Alexy, a. a. O., S. 301.

- gen zugrunde liegende Gesetzhypothesen.]⁴⁴⁴
- Normative Prämissen, die nicht dem Gesetz zu entnehmen sind, wie Formen der historischen, komparativen und der teleologischen Auslegung.⁴⁴⁵
 - »Alle Argumente der zu den canones des Auslegung zu rechnenden Form, die möglicherweise vorgebracht werden können, sind zu berücksichtigen.«⁴⁴⁶
 - *Externe Rechtfertigung durch Dogmatische Argumentation*⁴⁴⁷
 - [Eine Rechtsdogmatik ist eine Klasse von Sätzen, die auf die gesatzten Normen und die Rechtsprechung bezogen, aber nicht mit ihrer Beschreibung identisch sind, untereinander in einem Zusammenhang stehen, im Rahmen einer institutionell betriebenen Rechtswissenschaft aufgestellt und diskutiert werden und normativen Gehalt haben.]⁴⁴⁸
 - [Es ist notwendig, allgemeine Grundbegriffe, Satzformen, Rechtsinstitute zu konstruieren, weil erst eine auf diese Weise vereinfachte, einheitliche systematische Darstellung der Rechtsnormen nach Maßgabe der zwischen ihnen bestehenden Abhängigkeitsverhältnisse einen raschen Überblick bietet.]⁴⁴⁹
 - *Erscheinungsformen:*

⁴⁴⁴ Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 3. Aufl. (1996), S. 301.

⁴⁴⁵ Alexy, a. a. O., S. 302.

⁴⁴⁶ Alexy, a. a. O., S. 306.

⁴⁴⁷ Alexy, a. a. O., S. 307 ff.

⁴⁴⁸ Alexy, a. a. O., S. 314.

⁴⁴⁹ Alexy, a. a. O., S. 331.

- Definitionen von unbestimmten Rechtsbegriffen.⁴⁵⁰
- [Sätze, die eine dem Gesetz nicht zu entnehmende Norm ausdrücken (z.B. öffentlich rechtlicher Unterlassungsanspruch).]⁴⁵¹
- Beschreibungen und Auszeichnung von Zuständen (Gruppierungen und Verhältnisse)⁴⁵²
- [Prinzipien: Normative Aussagen so hoher Generalitätsstufe, dass sie in der Regel nicht ohne Hinzunahme weiterer normativer Prämissen angewendet werden können und meistens durch andere Prinzipien Einschränkungen erfahren.]⁴⁵³
- »Wenn dogmatische Argumente möglich sind, sind sie zu benutzen.«⁴⁵⁴
- *Externe Rechtfertigung durch Präjudizienverwertung*⁴⁵⁵
 - »Grundlage bildet das Universalisierbarkeitsprinzip, die jeder Konzeption der Gerechtigkeit als formale Bedingung zu Grunde liegende Forderung, Gleiches gleich zu behandeln.«⁴⁵⁶
 - (P) Es sind niemals zwei Fälle völlig gleich.⁴⁵⁷
 - [Wenn ein Präjudiz für oder gegen eine Entscheidung angeführt werden kann, ist es anzuführen.]

⁴⁵⁰ Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 3. Aufl. (1996), S. 315.

⁴⁵¹ Alexy, a. a. O., S. 317.

⁴⁵² Alexy, a. a. O., S. 319.

⁴⁵³ Ebd.

⁴⁵⁴ Alexy, a. a. O., S. 334.

⁴⁵⁵ Vgl. Alexy, a. a. O., S. 335 ff.

⁴⁵⁶ Alexy, a. a. O., S. 335 f.

⁴⁵⁷ Alexy, a. a. O., S. 336.

- Wer von einem Präjudiz abweichen will, trägt die Argumentationslast.⁴⁵⁸
- Die Sätze der Rechtsprechung dienen nicht (nur) zur Mitteilung von Vorschlägen, sondern zum Vollzug von Handlungen.⁴⁵⁹
- ¶ Die Kunst des Fallvergleichs/Distinguishing
- *Externe Rechtfertigung durch Spezielle juristische Argumentformen*⁴⁶⁰
 - Spezielle juristische Argumentformen sind die Analogie, das argumentum e contrario, das argumentum a fortiori und das argumentum ad absurdum.⁴⁶¹
 - Diese sind zu sättigen und dienen meist dem logischen Schluss.⁴⁶²
 - Bsp.: Bei der Analogie muss die Vergleichbarkeit der Interessenlagen wohl begründet werden.⁴⁶³
- *Externe Rechtfertigung durch empirische Argumentation*⁴⁶⁴
 - Die Relevanz empirischen Wissens für juristische Argumentation kann nicht überschätzt werden; häufig wird nur noch über Tatsachen gestritten.⁴⁶⁵

⁴⁵⁸ Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 3. Aufl. (1996), S. 339.

⁴⁵⁹ Alexy, a. a. O., S. 337.

⁴⁶⁰ Alexy, a. a. O., S. 341 ff.

⁴⁶¹ Alexy, a. a. O., S. 341.

⁴⁶² Vgl. Alexy, a. a. O., S. 346.

⁴⁶³ Vgl. Alexy, a. a. O., S. 343.

⁴⁶⁴ Vgl. Alexy, a. a. O., S. 285 ff.

⁴⁶⁵ Alexy, a. a. O., S. 287.

- Kunst des Fallvergleichs⁴⁶⁶
 - *Distinguishing*: Die Besonderheiten eines Falles herausstellen, die es notwendig erscheinen lassen oder umgekehrt verbieten, bestimmte Präjudizien auf den vorliegenden Fall anzuwenden.⁴⁶⁷
 - [Bindend sind nur die die Entscheidung tragenden rechtlichen Gründe, die *ratio decidendi*.
 - Nicht bindend sind hingegen Stellungnahmen zu einer Rechtsfrage, die nicht zur Entscheidung des Falls notwendig ist, sondern nur bei Gelegenheit der Entscheidung geäußert worden ist, das *obiter dictum*.]⁴⁶⁸
 - Im angloamerikanischen Recht ist das *distinguishing* wesentliche Fertigkeit des Juristen; hier ist auch entscheidend, ob eine Entscheidung einstimmig ergangen ist, oder ob *dissenting opinions* vorhanden sind.⁴⁶⁹
 - Der Grundsatz der *stare decisis* besagt, dass von einem *precedent* nicht abgewichen werden darf, es sei denn, dass Ergebnis wäre unzumutbar.⁴⁷⁰
- Logik und logische Fehler
 - Aussagenlogik
 - [Die Aussagen der Logik sind nur gültig relativ auf ihre Prämissen, sie führen zwingend zu richtigen Ergebnissen, wenn die Prämissen richtig sind – jeder logische Schluss ist eine Tautologie.]⁴⁷¹
 - [Satz vom Widerspruch: A und non A können nicht gleichzeitig wahr sein.
 - Satz vom ausgeschlossenen Dritten: Wenn A nicht wahr ist, so muss non A wahr sein.

⁴⁶⁶ Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. (2008), S. 567. Als ich diesen Punkt in die Liste aufnahm, wunderte ich mich, dass der Fallvergleich nicht auch fester Bestandteil der deutschen juristischen Ausbildung ist. Warum eigentlich nicht?

⁴⁶⁷ Röhl/Röhl, a. a. O., S. 569.

⁴⁶⁸ Röhl/Röhl, a. a. O., S. 568.

⁴⁶⁹ Ebd.

⁴⁷⁰ Ebd.

- Konjunktion: A1 und A2.
- Disjunktion: A1 oder A2.
- Implikation: Immer wenn A1, dann A2.
- Replikation: Nur wenn A1, dann A2.
- Kontraposition: Ist A1 notwendige Bedingung für A2, so gilt, wenn nicht A1 dann nicht A2.]⁴⁷²
- Logische Fehler
 - »Sprache ist etwas, was geschieht, ein Akt, der ständig neu vollzogen wird. Man beobachtet sich und andere dabei und frage ständig, was man gerade mit der Sprache anstellt und warum man es tut. Man beobachtet die Wirkungen und analysiere die Ursachen. Man spiele das Spiel der Sprache bewusst – das ist der beste Schutz gegen [nachfolgende] Denkfehler.«⁴⁷³
 - Widerspruch⁴⁷⁴
 - Begriffsvertauschung⁴⁷⁵
 - Zirkelschluss⁴⁷⁶
 - Er besteht darin, dass man die Richtigkeit der Prämisse mit Hilfe eines logischen Schlusses beweisen will, der aus diesen Prämissen gezogen wird – der Schluss soll so sogleich die Prämisse beweisen.⁴⁷⁷
- [Normenlogik
 - Was geboten ist, ist erlaubt.
 - Was nicht verboten ist, ist erlaubt.
 - Was erlaubt ist, ist nicht verboten.
 - Was verboten ist, ist nicht erlaubt.]⁴⁷⁸
- Juristische Logik und Widerspruchsfreiheit

⁴⁷¹ Puppe, Kleine Schule des juristischen Denkens, 2. Aufl. (2011), S. 153.

⁴⁷² Puppe, a. a. O., S. 145-150.

⁴⁷³ Haft, Juristische Rhetorik, 8. Aufl. (2009), S. 151.

⁴⁷⁴ Vgl. Puppe, a. a. O., S. 175 ff.

⁴⁷⁵ Vgl. Puppe, a. a. O., S. 179 ff.

⁴⁷⁶ Vgl. Puppe, a. a. O., S. 168 ff.

⁴⁷⁷ Puppe, a. a. O., S. 168.

- »Juristisch logisch« entspricht »folgerichtig«.
- Daher ist von zwei sich widersprechenden Normen mindestens eine ungültig, denn das Recht, verstanden als ein Stufenbau von Normen, spricht nur mit einer Stimme.⁴⁷⁹
- »Ein erheblicher Teil der juristischen Arbeit besteht darin, die Normen in einer Weise auszulegen, dass sie sich nicht widersprechen, sondern ein (auch logisch) geordnetes System bilden.«⁴⁸⁰
- Gesetzeskonkurrenz (Normkollision)
 - *Allgemeine Kollisionsregeln*
 - [Die Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung besagt, dass jede Rechtsnorm ihre Geltung aus einer höheren bezieht; das gesamte Rechte ist eine Abfolge stufenweise zunehmender Individualisierung und Konkretisierung.]⁴⁸¹
 - [Diese systematischen Regeln sind so allgemein und grundlegend, dass sie auch ohne ausdrückliche Anordnung in Verfassung oder Gesetz gelten.
 - Vorrang des ranghöheren Gesetzes (lex superior)
 - Vorrang des jüngeren Gesetzes (lex posterior)
 - Vorrang des spezielleren Gesetzes (lex specialis)]⁴⁸²
 - *Besondere Kollisionsregeln*
 - Bsp.: § 305b BGB
 - (Geltungs-) Vorrang der Verfassung

⁴⁷⁸ Puppe, Kleine Schule des juristischen Denkens, 2. Aufl. (2011), S. 164.

⁴⁷⁹ Röhl/Röhl, a. a. O., S. 155.

⁴⁸⁰ Ebd.

⁴⁸¹ Röhl/Röhl, a. a. O., S. 307 f.

⁴⁸² Röhl/Röhl, a. a. O., S. 585.

- (Geltungs-) Vorrang des Gemeinschaftsrechts
- Normenkonkurrenz
 - [Konkurrenzen treten auf,
 - a.) wenn eine Handlung verschiedene Verhaltensnormen verletzt, die sich teilweise überdecken,
 - b.) wenn dieselbe Verhaltensnorm mit mehreren Sanktionsnormen verbunden ist.
 - Dagegen handelt es sich um eine Normenkollision, wenn mehrere Normen unterschiedliche, miteinander nicht verträgliche Handlungen gebieten.]⁴⁸³
 - *Strafrechtliche Konkurrenzlehre*
 - 1.) Handlungseinheit und Handlungsmehrheit
 - 2.) Gesetzeskonkurrenz
 - 3.) Tateinheit und Tatmehrheit
 - Tateinheit – Idealkonkurrenz § 52 StGB
 - Tatmehrheit – Realkonkurrenz § 53 StGB
 - *Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht*
 - Grds. kann der Berechtigte auf den einen oder den Anspruch zurückgreifen, bis sein Interesse befriedigt ist (echte Anspruchskonkurrenz).⁴⁸⁴
 - Manchmal ergibt die gesetzliche Wertung jedoch eine Verdrängung im Wege der Spezialität.

⁴⁸³ Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. (2008), S. 596.

⁴⁸⁴ Röhl/Röhl, a. a. O., S. 599.

- Bsp.: Die deliktische Haftung kann durch die vertraglich Haftung verdrängt werden.
- Begriffliche Systematisierung (Systemprinzipien)
 - [Die begriffliche Systematisierung fördert hochabstrakte Sätze zu Tage; dabei handelt es sich um Selbstverständlichkeiten, die im Gesetz gar nicht ausgesprochen, praktisch aber sehr wichtig sind.]⁴⁸⁵
 - Bsp.: das Trennungs- und Abstraktionsprinzip; die Unterscheidung von Verpflichtung und Verfügung; die Gliederung nach objektivem und subjektivem Tatbestand; das Akzessorietätsprinzip, die Gewaltenteilung oder den Gesetzesvorbehalt.
- [Rhetorik]⁴⁸⁶
 - Rhetorik bezeichnet die Fähigkeit, in jedem Einzelfall die verfügbaren Mittel des Überzeugens zu erkennen.
 - Der Inhalt bestimmt den Tempus des Vortrags.
 - Tatsachen: Man spricht man über die Vergangenheit.
 - Werte: Man spricht über die Gegenwart.
 - Übereinkunft, Zustimmung: Man spricht über die Zukunft.

⁴⁸⁵ Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. (2008), S. 440.

⁴⁸⁶ Dieser Punkt und seine sämtlichen Unterpunkte beruhen vollständig auf meinen persönlichen Notizen zum Seminar »Modern Advocacy and Classic Rethoric«, welches im Jahr 2011 in Rahmen eines Masterprogramms am University College London absolvierte. Im Auseinandersetzung mit der Liste habe ich diese Notizen übersetzt und ihren Inhalt in die Struktur der Liste übertragen. Freilich gibt es zur Rhetorik eine Vielzahl an Literatur, die nun zitiert werden könnte, doch will ich hier nicht Literatur ins Verhältnis setzen, sondern nur die Quelle des Listeneintrags nachvollziehbar machen.

- *Überzeugungsmittel*
 - Sachliche Überzeugungsmittel
 - Gesetze, Verträge, Zeugen, Fakten, Geständnisse
 - Kunstgemäße Überzeugungsmittel
 - Der Charakter des Redners (*ēthos*)
 - Das Argument (*logos*)
 - Die Emotionen des Publikums (*pathos*)
- Die fünf Schritte der Rhetorik
 - 1.) *Inventio*
 - Wer, was, wo, wodurch, warum, auf welche Weise, wann? Schon bei der *inventio* erfolgt eine Auswahl der Gedanken nach dem Zweck der Rede.
 - Die *Stasis Theorie* hilft: Finde die Stasis, also den eigentlich problematischen Punkt.
 - Probleme hinsichtlich Fakten
 - Existiert es? Ist es passiert?
 - Handelt es sich um eine Tatsache oder um eine Wertung?
 - Wo kommt es her?
 - Was ist die Ursache?
 - Kann man es beeinflussen?
 - Definitionsprobleme
 - Welcher Art ist das zu definierende Objekt?
 - Zu welcher Klasse gehört es?
 - Was sind seine Bestandteile?
 - Wie stehen diese in Beziehung zueinander?
 - Qualitätsfragen
 - Was sind die Eigenschaften des Objekts?
 - Richtig oder falsch?
 - Besser oder schlechter?
 - Gerechtigkeitsfragen

- Was sollte man tun?
 - Was kann man tun?
 - Was sind die Folgen?
 - Argumente finden!
 - Spezielle (Einzelfall-)Topoi
 - Topoi (¶ Topoi-Katalog)
 - 2.) *Dispositio*
 - Einführung
 - Narratio
 - Divisio (Überblick)
 - Confirmatio
 - Confutatio
 - Conclusio
 - 3.) *Elocutio*
 - Die gegliederten Gedanken in eine sprachlich angemessene Form bringen.
 - 4.) *Memoria*
 - 5.) *Actio*]
- Enthymem
 - Eine Behauptung wird mit einer anerkannten Meinung/anerkannten Merkmal (endoxon) begründet.⁴⁸⁷
 - Nur das für die Situation wesentliche wird angeführt, wobei die Prämissenwahl topisch erfolgt.⁴⁸⁸
 - Die so hergestellte Beziehung zwischen Gesetz und Rechtssatz ist nicht logisch, sondern autoritativ-demokratisch (Konsens).⁴⁸⁹
 - *Wahrscheinlichkeitsenthymem*
 - Stützt die Behauptung mit einer anerkannten Meinung.⁴⁹⁰

⁴⁸⁷ Von Schlieffen, Rechtstheorie Band 42 (2011), 601 (604).

⁴⁸⁸ Dies., JA 2013, 1 (5).

⁴⁸⁹ Ebd.

⁴⁹⁰ Ich habe versucht, die einzelnen Enthymementypen mit eigenen Worten zusammenzufassen – insbesondere beim Wahrscheinlichkeitsenthymem ist mir diese Zusammenfassung nicht besonders aussagekräftig gelungen. Dieser Punkt zeigt schön, dass einzelne Inhalte nicht zu Ende gedacht sind.

- [Aufbau (Beispiel):
 - Behauptung: ›Der Bescheid ist rechtswidrig.«
 - Begründung: ›Denn, er entspricht nicht dem Sinn und Zweck der Zweitwohnsteuer.«
 - Übergang: ›Bescheide, die nicht dem Sinn und Zweck (Topos; anerkannte Meinung) der Zweitwohnsteuer entsprechen sind rechtswidrig.‹⁴⁹¹
- *Beispielsenthymem*
 - Fallvergleich mit Appell an die bereits vorhandene anerkannte Meinung.
 - [Aufbau (Beispiel):
 - Behauptung: ›Das Gericht hält eine Minderungsquote von 5% für weniger ekelerregende Silberfische für angemessen ...‹
 - Begründung: ›... mit Rücksicht darauf, dass zum Beispiel das LG Köln für Schabenbefall eine Minderungsquote von 10% zuerkennt.‹
 - Übergang: ›Vom Einzelfall des LG Köln wird induktionsorientiert auf eine plausible Entscheidungsreihe geschlossen, unter welche der Silberfischfall subsummiert wird.‹⁴⁹²
- *Zeichenenthymem*
 - Man begründet eine Aussage oder ein Urteil mit einem Indiz, einem Merkmal, einem signifikanten Aspekt des Ganzen.
 - [Aufbau (Beispiel):
 - Behauptung: ›Die Klägerin ist wirtschaftlich nicht leistungsfähig.‹
 - Begründung: ›Dies zeigen der notwendige Umzug in das Pflegeheim und die Bescheidenheit der dadurch frei werdenden Wohnung.‹
 - Übergang: ›Pflegebedürftigkeit und eine bescheidene Unterkunft sollen nicht generell beweisen,

⁴⁹¹ Von Schlieffen, Rechtstheorie Band 42 (2011), 601 (608).

⁴⁹² Von Schlieffen, a. a. O., 601 (609).

dass man arm ist, sondern dies nur indizieren.
 Hier wird keine Regel angedeutet, sondern nur
 Zeichen impliziert.}]⁴⁹³

- [Juristische Antonyme
 - objektiv – subjektiv
 - absolut – relativ
 - abstrakt – konkret
 - abstrakt – kausal
 - aktiv – passiv
 - inter omnes – inter partes
 - Enumeration – Generalklausel
 - materiell – formell
 - institutionell – funktional
 - mittelbar – unmittelbar
 - konstitutiv – deklaratorisch
 - engere Bedeutung – weitere Bedeutung
 - Innenverhältnis – Außenverhältnis
 - ex-nunc Wirkung – ex-tunc Wirkung
 - Nichtigkeit – Vernichtbarkeit
 - positiv – negativ
 - eigen – fremd
 - echt – unecht
 - einfach – qualifiziert]⁴⁹⁴
- Topoi
 - Topoi sind typischerweise bezogen auf Problemlagen⁴⁹⁵ – im Zweifel verfährt man nach einer Vorentscheidung (denn es muss eine begründete Entscheidung gefällt werden).
 - Topik hat Schlüsse aus Prämissen zum Gegenstand, die nach anerkannter Meinung wahr scheinen.⁴⁹⁶

⁴⁹³ Von Schlieffen, Rechtstheorie Band 42 (2011), 601 (610).

⁴⁹⁴ Eine äußerst nützliche Zusammenstellung von Antonymen, welche auch als Triggerliste fungieren kann; Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. (2008), S. 166-168.

⁴⁹⁵ Struck, Topische Jurisprudenz, 1971, S. 59.

⁴⁹⁶ Dieser Punkt basiert auf Von Schlieffen, JA 2013, 1 (4); von Schlieffen verweist in diesem Zusammenhang auf Theodor Viehweg und zitiert an der angegebenen Stelle Aristo-

- Für mich ist die Topik keine Methode der Rechtsfindung oder – anwendung, sondern eine rhetorische Methode, d.h. sie dient zur Überzeugung. Eine Wertentscheidung wird durch die Struktur der Topoi in Form gebracht und nachvollziehbar. Die Topoi selbst sind Extrakte der Juristischen Argumentation.
- Es entsteht eine Ansammlung, inhaltlich von keinem Prinzip geleitet und nicht deduktiv-logisch konzipiert.⁴⁹⁷
- Die Topik darf nicht dazu verführen, einen Gedanken, der in einem bestimmten Zusammenhang entwickelt worden ist, in einen anderen zu verpflanzen, in den er nicht gehört.⁴⁹⁸

teles: »»Anerkannte Meinungen sind dagegen diejenigen, die entweder von allen oder den meisten oder den bekanntesten und anerkanntesten für richtig gehalten werden.««.

⁴⁹⁷ Von Schlieffen, JA 2013, 1 (4).

⁴⁹⁸ Puppe, Kleine Schule des juristischen Denkens, 2. Aufl. (2011), S. 212.

- Katalog⁴⁹⁹
 - 1.) Ein späteres Gesetz hebt ein früheres auf.
 - 2.) Ein spezielleres Gesetz gilt vor einem allgemeineren.
 - 3.) Ausnahmen müssen eng ausgelegt werden.
 - Sonst sind es keine Ausnahmen mehr, sondern könnten genauso gut eine Regel sein.
 - 4.) Ein Urteil gilt als Wahrheit.
 - Ist eine Sache rechtskräftig entschieden, so ist das Urteil schlechthin maßgebend.
 - Dies fordert die Rechtssicherheit.
 - Urteile dienen grundsätzlich dazu einen streitigen Einzelfall zu klären.
 - Res iudicata pro veritate accipitur.⁵⁰⁰
 - 5.) Kleinigkeiten kümmern das Gesetz nicht.
 - Das Gesetz hat nicht auf jede denkbare Rechtsfrage eine Antwort und bestraft nicht jeden denkbaren Rechtsverstoß. Zweck hiervon ist, die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege zu erhalten. Hieraus entspringt das Opportunitätsprinzip.
 - (6) Ein Gericht darf nicht mehr zusprechen als beantragt.

⁴⁹⁹ Diesen Katalog habe ich hauptsächlich eins zu eins von Gerhard Struck übernommen. Die Topoi (1)-(31) sind deckungsgleich mit den Topoi 1-32 bei Struck. Strucks Topos 32 »Recht braucht Sanktionen« habe ich nicht übernommen. Meinen Topos (33) habe ich selbst eingefügt, er fehlt bei Struck. Topos 34 bei Struck, »Sachwidrigkeit eines Kampfmittels«, habe ich ebenfalls nicht übernommen. Meine Topoi (34)-(63) sind wiederum deckungsgleich mit Strucks Topoi 35-64. Ab Topoi (65) habe ich damit begonnen den Katalog um weitere, mir wichtig erscheinende Allgemeinplätze zu ergänzen. Da es sich um Allgemeinplätze handelt, verbinde ich sie auch nicht mit einer konkreten Fundstelle, meist habe ich sie spontan ergänzt. Ferner habe ich auf die genauen Fundstellenangaben bei Struck im Nachfolgenden verzichtet, da sie sich einfach aus der Nummerierung der Topoi ergeben. Angezeigt habe ich allerdings die Ergänzungen, welche ich aus Liebs Rechts-sprichwörterbuch eingefügt habe. Struck lieferte nämlich nicht immer gleich eine Übersetzung seiner lateinische Zitate mit. Für den Topoi-Katalog siehe Struck, Topische Jurisprudenz, 1971, S. 20-34.

⁵⁰⁰ Vgl. Liebs, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, 2. Aufl. (1982), S. 189, Nr. 43.

- Schutz des Bürgers vor Überraschungsentscheidungen.
- Ne ultra petita.
- (7) Man höre auch die andere Seite.
 - Hieraus folgt der Anspruch auf rechtliches Gehör, der Mündlichkeitsgrundsatz, der Unmittelbarkeitsgrundsatz und der Grundsatz der Einheit der Hauptverhandlung.
- (8) Das Verbot des Richters in eigener Sache.
 - Interessenkonflikte vermeiden.
- (9) Im Zweifel ist zu Gunsten des Angeklagten zu entscheiden.
 - In dubio pro reo; pro possessore; pro libertate.⁵⁰¹
- (10) Einmal ist keinmal.
 - Nobody is perfect.
- (11) Irrtumsmöglichkeiten existieren überall.
 - Prognosen sind danach zu beurteilen, ob sie nachvollziehbar und vertretbar sind.
 - Der Grad der einzufordernden richterlichen Überzeugung darf nicht überspannt werden.
- (12) Ohne Rechtsgrund Erlangtes ist zurückzugeben.
- (13) Kompensation.
 - Erfordernis des gerechten Ausgleichs von Vorteil und Nachteil.
- (14) Im Zweifel zu gleichen Teilen.
 - Gesamtschuldnerschaft beruht hierauf.
- (15) Bei einer Teilung steht auf derselben Stufe das Lösen als letzter Ausweg.
 - Auch irrationale Lösungen sind gelegentlich vernünftig und gerecht (vgl. § 752 BGB).
 - Anspruch auf ein faires Verfahren.
- (16) Niemand kann mehr Rechte auf einen anderen übertragen, als er selbst hat.

⁵⁰¹ *Liebs*, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, 2. Aufl. (1982), S. 91, Nr. 60-62.

- Vom Nichtberechtigten kann man nicht erwerben, jedenfalls nicht mit sofortiger Wirkung.
- (17) Das Verbot des Vertrags zu Lasten Dritter.
- (18) Wer begünstigt, benachteiligt auch.
 - Die Gewährung eines (rechtlichen oder tatsächlichen) Vorteils ist nicht immer zwingend nur etwas Gutes.
- (19) Einen Zufall trägt der Eigentümer.
 - Casum senit dominus.
- (20) Veranlasserprinzip.
- (21) Prioritätsprinzip.
 - Wer zuerst kommt, mahlt zuerst.
- (22) Gleichheit.
 - Dieses Topos muss man sehr sorgfältig verwenden.
 - Ausgangsfrage: ist eine Gleichbehandlung bzw. Ungleichbehandlung geboten?
- (23) Verantwortlichkeitsprinzip.
 - Wer (Mit-)Schuld hat, muss für die Folgen einstehen.
 - Restitution und Sanktion beruhen auf diesem Grundsatz.
- (24) Der Rechtsgedanke des §254 BGB
 - Prinzip Mitverschulden, Mitverursachung oder Mitwirkung
- (25) Schweigen verpflichtet zu nichts.
- (26) Privatautonomie.
 - Freiheit, Dispositionsmaxime und Beibringungsgrundsatz beruhen hierauf.
- (27) Jeder wird zunächst als redlich beachtet.
 - Beweislastregeln und auch die in dubio Grundsätze beruhen auf diesem Prinzip.
- (28) Keinem ist erlaubt, sich in Widerspruch zu seinem eigenen Verhalten zu setzen.
 - Widersprüchliches Verhalten genießt keinen Rechtsschutz.

- Venire contra factum proprium nemini licet.⁵⁰²
- (29) Die Rechte sind für die Wachenden geschrieben, den zu spät Kommenden bleiben nur die Knochen.
 - Fristen; Verwirkung; Rechtssicherheit.
 - Iura scripta vigiantibus tarde venientibus ossa.
- (30) Auch wer nicht will, will.
 - Auch: Es kommt auf das Gewollte an und nicht auf das Gewünschte (dolus eventualis).
 - Im Zivilrecht bei der Aufwendung und der Geschäftsführung ohne Auftrag zu beachten.
- (31) Günstige Rechtsfolgen bleiben verwehrt, wenn man sich nicht redlich verhält.
 - Rechtsgedanke des § 162 BGB und der provozierten Notwehr.
 - Der Bürger schafft selbst die Voraussetzungen dafür, dass ihm günstige Rechtsfolgen verwehrt bleiben, die ihm eigentliche zu Gute gekommen wären.
- (32) Schikane ist verboten.
- (33) Arglistig handelt, wer fordert, was er demnächst zurückgibt bzw. was er zurückerstatten muss.
 - Dolo facit, qui petit, quod redditurus est.⁵⁰³
- (34) Kein Gleichberechtigter darf einen anderen Gleichberechtigten endgültig ausschalten.
- (35) Standards.
 - Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, der Durchschnittsfahrer, der ordentliche Kaufmann.
- (36) Verkehrsschutz.
 - Interessen und sozialer Schutz; bestes Beispiel sind Duldungs- und Anscheinsvollmacht.
- (37) Begünstigung der Ehelichkeit.
- (38) Vertrauen verdient Schutz.
- (39) Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen.

⁵⁰² *Liebs*, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, 2. Aufl. (1982), S. 216, Nr. 6.

⁵⁰³ *Liebs*, a. a. O., S. 57, Nr. 50.

- (40) Angemessenheit.
 - Der Zweck heiligt nicht jedes Mittel.
- (41) Verhältnismäßigkeit.
 - Geeignet, erforderlich und angemessen.
- (42) Das Gebot des schonendsten Mittels
- (43) Das Notwendige ist erlaubt.
- (44) Opportunes Handeln ist erlaubt.
 - Konkret angebrachtes Handeln ist nicht nur erlaubt, sondern auch erwünscht.
 - Auf diesem Grundgedanken beruht bspw. die GoA.
- (45) Ausnahmen sind in besonderen Härtefällen erlaubt.
- (46) Rechtlich relevant ist nur Bestimmtes.
 - Man muss wissen, woran man ist!
 - Gilt insb. für Verträge, Verwaltungsakte, Vollstreckungstitel.
- (47) Praktikabilität.
- (48) Pauschalierung.
 - im Einzelfall gerechte Rechtsfolgen werden nicht aufgesucht, da ein Ausgleich im Großen vermutet wird.
- (49) Tatsächliche Unmöglichkeit.
 - Unmögliches kann nicht verlangt werden.
- (50) Willkürverbot.
- (51) Verwirkung.
- (52) Unzumutbares darf nicht verlangt werden.
- (53) Unerträgliches ist nicht rechtens.
- (54) Uferlose Ansprüche dürfen nicht entstehen
- (55) Missbrauchsgefahr.
- (56) Zweck.
- (57) Interesse.
- (58) Öffentliches Interesse.
- (59) Sozialer Schutz.
- (60) Volkswirtschaftliches Interesse
- (61) Ordnungsprinzip.
- (62) Rechtssicherheit.

- (63) Bei Evidenz kann das Verfahren abgekürzt werden.
- (64) Ein sachfremdes Argument ist kein Argument
- (65) Folgenbetrachtung.
- (66) Empirie.
- (67) Allgemeine Lebenserfahrung
- (68) Verkehrsitte.
- (69) Günstigkeitsprinzip.
 - Als Prinzip der Auslegung: mit der konkreten Willenserklärung ist grds. die günstigste Variante gewollt (z.B. Auslegung der Bezugnahmen von Parteien im Zivilprozess).
 - Als Prinzip der Voraussetzung für positive Rechtsfolgen: derjenige, zu dessen Gunsten eine Rechtsfolge wirkt, muss bestimmte Voraussetzungen erfüllen (bspw. Darelegungs- und Beweislast).
 - Besondere Ausprägung des Günstigkeitsprinzips ist der Meistbegünstigungsgrundsatz: Parteien eines gerichtlichen Verfahrens dürfen keinen Rechtsnachteil dadurch erleiden, dass das Gericht die falsche Form für seine Entscheidung gewählt hat
- (70) Leitbildcharakter des Dispositiven Gesetzesrechts.
- (71) Der Wortsinn des Gesetzes bildet die äußere Grenze der Auslegung.
- (72) Grundgedanke der Mindestsolidarität
 - Bestimmte Beeinträchtigungen müssen hingenommen werden, wenn es um die Hilfe für andere geht.
- ...⁵⁰⁴

⁵⁰⁴ Der Topoi-Katalog ist offen für Ergänzungen.

- ¶ Prüfung der hergestellten Lösung
 - Abgleich der Materialien und Inhalte des Herstellungsprozesses
 - Wurden sämtliche Angaben des erfassten Sachverhaltes während Herstellung der rechtlichen Lösung berücksichtigt?
 - Wurde alles was ausdrücklich von den Beteiligten angesprochen worden ist, während der Herstellung der rechtlichen Lösung und angemessen verarbeitet?
 - Hierzu Abgleich zwischen Fahrplan und Rechtsansichten-Cluster vornehmen.
 - Alle möglichen (Folge-) Fragen der unterlegenen Partei sollten im Idealfall vorweggenommen worden sein.
 - Eine Durchsicht sämtlicher Notizen sollte vorgenommen werden; vielleicht habe ich etwas übersehen, dessen tatsächliche Bedeutung ich zunächst falsch eingeschätzt habe.
 - Folgenbetrachtung und Perspektivenwechsel
 - [Kombinatorisches Denken: Systematisches Variieren des Sachverhalts und der rechtlichen Lösung und gleichzeitiges Prüfen, ob die eigene Lösung Widersprüche oder Lücken aufweist.]⁵⁰⁵
 - Was würde meine Oma sagen?
 - Bei Herstellung eines Urteils
 - Abgleich zwischen Entscheidungsgründen und Tatbestand (Korrespondenzprüfung)
 - »Brauche ich die Information für meine rechtliche Arbeit? Falls nein – brauche ich sie für den Sinnzusammenhang meiner Darstellung?«⁵⁰⁶
 - Relevanz
 - Überprüfbarkeit: der Journalist recherchiert von außen nach innen, wobei die Informationsdichte zunimmt.⁵⁰⁷

⁵⁰⁵ Haft, Juristische Schreibschule, 2009, S. 208.


⁵⁰⁶ Puhle, JuS 1989, 203 (206).

⁵⁰⁷ Vgl. Haller, Recherchieren, 7. Aufl. (2008). Im Zusammenhang mit der Zusammenstellung des juristisch relevanten Sachverhaltes habe ich mich auch mit journalistischen Recherchetechniken befasst.

- [Alles, was bei der Herstellung der Lösung keine Rolle gespielt hat, ist als unnötig zu eliminieren.
 - Bsp.: Überholte Prozessgeschichte]⁵⁰⁸
- Was in den Entscheidungsgründen ausführlich erörtert wird, muss im Tatbestand ›gezoomt‹ sein und umgekehrt.⁵⁰⁹
- Tenor prüfen
 - 1.) Ist der Tenor aus sich heraus vollstreckbar?
 - 2.) Tragen die Entscheidungsgründe den Tenor?
 - Kohärenz: Entscheidung – Gründe
 - 3.) Ist der Tenor vollständig?
 - ›Im Übrigen ...‹
 - 4.) Sind die Grenzen des Beantragten eingehalten?
- ¶ Mit der rechtliche Lösung weiterdenken
 - Zweckmäßigkeitserwägungen anstellen
 - Im Hinblick auf die rechtlichen Gegebenheiten sind folgende Fragen zu stellen:
 - Was?
 - Wie?
 - Wann?
 - Wo?
 - Zu welchem Preis?
 - Mit welchem Risiko?
 - Wie teuer wird ein Verlust?
 - Was muss noch besorgt werden?
 - Wie ausführlich muss begründet werden?
 - Kann man es auch anders sehen?

⁵⁰⁸ Schuschk/Sattelmacher/Sirp, Bericht, Gutachten und Urteil, 34. Aufl. (2008), S. 285, Rdnr. 541. Zu dieser Fundstelle ist anzumerken, dass ich zwar bereits über die umfassende Neuauflage verfügte (Schuschke/Kessen/Höltje, Zivilrechtliche Arbeitstechnik im Assessorexamen, 35. Aufl. (2013)), diese an mancher Stelle jedoch nicht mehr ganz so prägnant war, wie die Auflage zuvor. Der Inhalt meiner Liste an diesem Punkt beruht daher auf der 34. Auflage von »Bericht, Gutachten und Urteil«.

⁵⁰⁹ Puhle, JuS 1989, 203 (206) und ders., JuS 1989, 466 (468).

-  B-A-T-N-A⁵¹⁰
- Urteilsformeln, Entscheidungsformeln und Anträge richtig formulieren
 - Der Tenor stellt die konkrete Entscheidung des rechtlichen Konflikts dar und bildet den harten Kern der rechtlichen Lösung.⁵¹¹
 - Ein ›richtiger‹ Tenor ist ein vollstreckbarer Tenor – auf die Richtigkeit der rechtlichen Lösung kommt es dabei nicht an.
 - Antrag und Tenor stehen in einer Wechselseitigen Beziehung.
 - Im Zivilprozess ergibt sich dies schon aus § 308 ZPO.
 - Im Verwaltungsrecht ist das Gericht zumindest an das Klagebegehren gebunden, § 88 VwGO.
 - Im Strafprozess ist das Gericht an die in der Anklage bezeichnete Tat gebunden, § 264 StPO.
 - Der Gesetzeswortlaut kann gelegentlich bei der exakten Fassung des Tenors helfen (etwa § 330 ZPO für das VU oder § 345 ZO für das zweite VU).⁵¹²
 - Die Formulierung des Tenors richtet sich zum einen nach dem materiell rechtlichen Anspruch/der materiell rechtlichen Ermächtigung/dem verwirklichten Tatbestand und zu anderem nach dem statthaften Rechtsbehelf gegen die Entscheidung.
 - Dabei stellen die gestellten Anträge einen Rahmen für die Entscheidung dar und bieten eine Orientierungshilfe für die Ausformulierung.
 - Dennoch müssen gestellte Anträge immer kritisch geprüft werden.

⁵¹⁰ Ein Externverweis auf das BATNA von Fisher, Ury und Patton. Die Eselsbrücke steht für ›Best Alternative To a Negotiated Agreement‹. Letztlich raten Fisher, Ury und Patton dazu, sich stets die beste Alternative zu einer wie auch immer gearteten Einigung vor Augen zu halten, bevor man in eine Verhandlung einsteigt. Ich halte dieses Konzept aufgrund seiner Prägnanz als gute Ergänzung zu den sonst üblichen Zweckmäßigkeitserwägungen. *Fisher/Ury/Patton, Getting to Yes*, 3rd ed. (2011), S. 99 ff.

⁵¹¹ Vgl. *Wallisch/Spinner*, JuS 2006, 799; Wallisch und Spinner dort zitieren Kurt Schellhammer mit den Worten, die Urteilsformel bilde den harten Kern des Urteils.

⁵¹² *Wallisch/Spinner*, a. a. O., 799 (800).

- Zur Formulierung des Antrags und zur gedanklichen Prüfung des Tenors ist *rechtsfolgenorientiertes Denken* erforderlich:
 - Was begehrt der Betroffene?
 - Woraus ergibt sich die entsprechende Rechtsfolge?
 - Wie kann die Rechtsfolge prozessual durchgesetzt werden?
 - Wo kann dies geschehen?

- ¶ Während der Herstellung der rechtlichen Lösung erstellt man gleichzeitig den ›Fahrplan⁵¹³‹ für die Darstellung der rechtlichen Lösung ¶
 - »Denken kann man nur im Formulieren, nicht vorher, weshalb man eine Klausur vor dem Schreiben nicht durchdenken kann; man muss die Arbeit in ihre Bestandteile zerlegen, diese ordnen, strukturieren, die Probleme kennzeichnen, Lösungsmöglichkeiten nebeneinanderstellen, Argumente und Topoi finden und festhalten, einen Fahrplan aufstellen – und dann kann man schreiben und denken zugleich.«⁵¹⁴
 - Schemata stellen ein heuristisches Hilfsmittel dar, anhand dessen ein solcher Fahrplan aufgestellt werden kann. Sie sind Leitstruktur für das Denken und Schreiben. Allerdings stellen sie stets nur eine Vorschlag dar; Verständlichkeit und Effizienz gehen bei der Ausarbeitung immer der Befolgung eines Schemas vor.
 - Bei der Herstellung des Fahrplans dürfen keine Entscheidungen offen gelassen werden: Gedankengänge müssen zu Ende gebracht werden.⁵¹⁵

⁵¹³ Den Begriff ›Fahrplan habe ich von Fritjof Haft übernommen, *Haft*, Juristische Rhetorik, 8. Aufl. (2009), S. 24. Entscheidend ist jedoch die Positionierung der Erstellung des Fahrplans zwischen der Herstellung und Darstellung der rechtlichen Lösung. Wie ich im Fließtext ausführlich dargestellt habe, ist diese Position dem Umstand geschuldet, dass ich den Fahrplan für ein vermittelndes wie antizipierendes Element der Rechtsanwendung halte.

⁵¹⁴ *Haft*, a. a. O., S. 23 f.

⁵¹⁵ Meine wohl wichtigste Leitlinie für die Erstellung eines *guten* Fahrplanes. Alle wesentlichen Punkte einer rechtlichen Lösung sollen schon im Entwurf durchdacht werden – auch wenn sie noch bis zur Entäußerung unter Vorbehalt stehen, ist dies erforderlich, damit

- Nach Herstellung den Plan mit Blick auf die Bearbeitungszeit durchgehen und Schwerpunkte setzen.
- Zeitziele setzen.
- Drei bis sechs (!) im Fahrplan verteilen um die Schwerpunkte zu kennzeichnen.
- Weg von der Vorstellung von der perfekten Lösung und zur ideal möglichen Lösung.
- Vertraue Deinem Judiz: Schwerpunkte der Darstellung liegen in Regel nicht auf Punkten, an denen man selbst keinen Zweifel hat!
- **Den Fahrplan strukturieren**
 - Der Fahrplan dient zur Orientierung während der Niederschrift und muss daher folgenden Inhalt haben:
 - *Fahrplan der Darstellung der rechtlichen Lösung*
 - Gliederungsstruktur der erforderlichen Formalia bildet den äußersten Rahmen der rechtlichen Darstellung.⁵¹⁶
 - Gliederungsstrukturen der Rechtsanwendung mit Blick auf ihren Sinn und Zweck erstellen. Es handelt sich keinesfalls um ein Protokoll der gutachterlichen Vorüberlegungen, sondern um den Fahrplan zur Formulierung der Entscheidungsgründe. Er enthält:
 - Anhaltspunkte⁵¹⁷ im Hinblick auf Festzustellendes
 - Anhaltspunkte bei Bearbeitungen im Urteilsstil i.e.S.
 - Gliederungsstrukturen für Punkte die im Urteilsstil i.w.S. bzw. im echten Gutachtenstil dargestellt werden

man einmal die Lösung als Ganzes vor Augen haben kann und so zu sinnvollen Entscheidungen gelangen kann, wie eine angemessene Darstellung aussehen könnte.

⁵¹⁶ Hiermit beziehe ich mich auf meine zusätzlich geführte Formaliasammlung. Meiner Ansicht nach lässt allein die Gestalt des fertigen juristischen Textproduktes Rückschlüsse auf die Struktur seines Inhaltes zu.

⁵¹⁷ Ich differenziere hier zwischen Anhaltspunkten und Gliederungsstrukturen. Mit Anhaltspunkte meine ich stichpunktartige Aufzählungen, die so knapp ausfallen sollen wie nur möglich. Gliederungsstrukturen sind hingegen wesentlich ausführlicher und sollen insbesondere durch Konjunktionen Zug erhalten.

- Gliederungsstrukturen für Beweiswürdigungen
 - Gliederungsstrukturen für Abwägungen
 - Anhaltspunkte zu den Nebenentscheidungen
- ... dabei stets den Sachverhaltsbezug wahren und mit Stichworten aus dem Sachverhalt auffüttern.
- *Fahrplan zum Sachverhalt*⁵¹⁸
 - Dieser enthält *ausschließlich* Anhaltspunkte. Dazu in Zeilenumbrüchen und Absätzen denken (Denken in Sinneinheiten) und jedem eigenen Sachverhaltsabschnitt einen eigenen Gliederungspunkt einräumen.
 - i. Fr. B verkauft Bild an Kläg
 - ii. Vorlage Erbsche, KaufV Bild, Übergabe
 - Der Fahrplan muss insgesamt stets die Bezeichnung wichtiger Fundstellen aus Vorlage und Kommentaren sowie genaueste Gesetzeszitationen enthalten, damit bei der Niederschrift nicht nochmals nach der Information gesucht werden muss.
 - Der Fahrplan enthält *keine* Vorformulierungen und keine Definitionen.

⁵¹⁸ Im Assessorexamen ist der Sachverhalt von entscheidender Bedeutung. Insofern legte ich ein besonderen Wert auf einen guten Aufbau desselben. Daher gewöhnte ich mir hierzu eine bestimmte Gliederungstechnik für das Entwurfsstadium an, die sich deutlich von dem Fahrplan der rechtlichen Lösung unterschied.

¶ Darstellung der rechtlichen Lösung. Die Niederschrift

- Zur Darstellung allgemein
 - [Denke, Rede und Schreibe in ganzen Sätzen und nicht in Schlagworten und achte darauf, dass Deine Sätze ausformuliert sind und dass sie im richtigen systematischen Zusammenhang stehen.]⁵¹⁹
 - Die Aufgabe des Verfassers eines juristischen Textes besteht immer darin, dem Leser seine Arbeit so einfach wie möglich zu machen.⁵²⁰
 - Langweile niemals deinen Leser und wahre immer den Bezug zum Sachverhalt – er will nur konkret Relevantes lesen und differenziert grds. nur zwischen erheblich und unerheblich.⁵²¹
 - Beachte, dass die Herstellung des Textes (rhetorisch) und die Darstellung des Textes (objektiv gesetzesgebunden) auseinanderfallen.⁵²²
 - ›Den Sachverhalt‹, ›die Problemdarstellung‹ oder ›die eine Lösung‹ gibt es nicht. Die eigenen Erörterungen sind für den Leser nicht zwingend so einleuchtend wie für einen selbst.
- ¶ Anforderungen der konkreten Bearbeitungsform bewusst machen und beachten
 - Gutachten
 - Publikum: Jurist, Fachpublikum⁵²³
 - Erörtert werden muss alles, was der ›ideale‹ Praktiker zumindest gedanklich in Erwägung zieht. Nur offensichtlich nicht Einschlägiges darf weggelassen werden – Unproblematisches muss zumindest festgestellt werden, Folgerichtiges muss zumindest im Urteilsstil aufbereitet werden

⁵¹⁹ Puppe, Kleine Schule des juristischen Denkens, 2. Aufl. (2011), S. 214.

⁵²⁰ Eine Erkenntnis, die ich nach der Lektüre von Fritjof Haft zu dem Phänomen des »juristischen Nichtlesers« gewonnen habe; Haft, Juristische Schreibschule, 2009, S. 58 ff.

⁵²¹ Warum? Weil wir über die Annahme eines geteilten Wissens dem Leser signalisieren, dass wir eine professionelle Kommunikation betreiben können; wir erfüllen mithin professionelle Erwartungen. Zum Ratschlag seinen Leser nicht zu langweilen siehe Haft, Juristische Schreibschule, 2009, S. 76 ff und Puhle, JuS 1989, 203 (205).

⁵²² Von Schlieffen, JA 2013, 1 (2).

⁵²³ Walter, Kleine Stilkunde für Juristen, 2002, S. 119.

- Der Jurist geht beim Lesen nach Rastern vor.⁵²⁴ Er ist grundsätzlich auf das Widerlegen programmiert.⁵²⁵
- Zweck des praktischen Gutachtens: Der Rechtsanwalt entscheidet keine abstrakte Rechtsfrage, sondern seine Aufgabe besteht darin, den Mandanten umfassend zu beraten. Er muss daher herausarbeiten, wie ein rechtlicher Konflikt unter Beachtung der Interessen des Mandanten gehandhabt werden kann. Erfolgsaussichten können hierbei nicht immer abschließend beurteilt werden. Dies muss im Gutachten auch deutlich gemacht werden!
- Gutachtenstil
 - Prämissen offen
 - Konjunktionen des Gutachtens sind: ›also‹, ›folglich‹, ›daher‹, ›mithin‹, usw.⁵²⁶
 - Der Gutachtenstil i.e.S. sollte bewusst und nicht allzu verschwenderisch eingesetzt werden. Andernfalls läuft man Gefahr in der Bearbeitung falsche Schwerpunkte zu setzen.
 - *Struktur*: Grundsätzlich hat eine juristisch logische Abfolge zum Ergebnis hin zu führen. Eine historische Prüfung ist im Fall der Prüfung von Eigentumsverhältnisse oder dem Widerruf eines Testaments angezeigt.
 - [I.] Einstieg: Abstrakte Rechtsfolge (Hypothese die auf Überprüfung wartet)
 - ›könnte‹ + Rechtsfolge der Norm
 - ›müsste‹ + Tatbestand der Norm
 - II.) Obersatz: Abstrakte Voraussetzungen (im logischen Sinne: abstrakte Voraussetzungen, die geprüft werden)
 - gebildet mit Hilfe von Definition, Interpretation, Auslegung

⁵²⁴ Vgl. Puhle, JuS 1989, 203 (204).

⁵²⁵ Haft, Juristische Schreibschule, 2009, S. 72.

⁵²⁶ Walter, Kleine Stilkunde für Juristen, 2002, S. 120.

- III.) Untersatz: Bezugnahme und konkrete Voraussetzungen (Subsumtion)
 - ›also‹ Sachverhalts- unter Tatbestandsmerkmal
 - IV.) Ergebnis: Konkrete Rechtsfolge
 - ›also‹⁵²⁷
- Urteil
 - Zweck: Der Rechtsstreit soll abschließend einer vertretbaren Entscheidung zugeführt werden.
 - Publikum: Das Urteil richtet sich grundsätzlich an die Parteien und wiederum insbesondere an die unterlegene Partei.⁵²⁸
 - [Nur die Gründe für das Unterliegen sind maßgeblich; langatmige Ansätze für eine anderslautende Entscheidung oder die Darstellung verschiedener Theorien wirken, weil sie doch nicht zum Erfolg führen, eher als eine Verschaukelung.]⁵²⁹
 - Ferner ist das Urteil an die Fachleute adressiert (Anwälte, Berufungs- bzw. Revisionsinstanz; in der Klausur muss man auch an den Korrektur denken)⁵³⁰
 - Das Urteil enthält nur solche Ausführungen, die das Ergebnis (den Tenor) wirklich tragen.⁵³¹
 - Herstellung und Darstellung des Urteils fallen auseinander und sind grundverschieden. [Daher werden nicht alle Gedankengänge, die den Bearbeiter zu dem Ergebnis geführt haben, im Urteil

⁵²⁷ Bei diesem Aufbauschema handelt es sich um einen Zusammenschrieb von den Ausführungen von Henrik Wieduwilt zur Sprache und Struktur des Gutachtens, *Wieduwilt*, JuS 2010, 288 (290 f.), und der tabellarischen Übersicht von Tonio Walter zum Gutachten, *Walter*, Kleine Stilkunde für Juristen, 2002, S. 123.

⁵²⁸ *Danger*, JA 2005, 523 (524) und *Oberheim*, Zivilprozessrecht für Referendare, 9. Aufl. (2012), S. 247, Rdnr. 111.

⁵²⁹ *Danger*, a. a. O., 523 (524).

⁵³⁰ Vgl. *Schuschke/Kessen/Höltje*, Zivilrechtliche Arbeitstechnik im Assessorexamen, 35. Aufl. (2013), S. 252, Rdnr. 616.

⁵³¹ Vgl. *Danger*, a. a. O., 523 (524).

offengelegt. Ganz im Gegenteil, viele Passagen aus dem Gutachten wären in einem Urteil schlicht fehl am Platze.]⁵³²

- Rechtsfragen von grundsätzlicher Natur müssen nicht langatmig Erörtert werden, da sich die Klausurbearbeitungen in den zentralen Punkten grds. auf höchstrichterliche Entscheidungen und eine entsprechende Praxis stützen können.⁵³³
- »Ist ein Lösungsweg in der Praxis vollkommen üblich und bekannt, kann er sogar stillschweigend angewendet werden.«⁵³⁴
- Entscheidungserhebliche Meinungsstreite müssen praxisgerecht gelöst werden. Dazu bietet sich die Argumentationsform des Dialoges an (vgl. Argumentationsplanung).⁵³⁵
- Darlegungs- und Beweislast geben die Richtung und den Umfang der Argumentation vor.
- Erörterungen abweichender Lösungsmöglichkeiten oder auch nur derjenigen eigenen Bedenken, die gegen die Lösung sprechen, haben zu unterbleiben.⁵³⁶
- »Alle überflüssigen Zweige einer Anspruchsprüfung sind radikal wegzulassen in dem man das Ergebnis dieses Zweiges ausdrücklich offen lässt (»Es kann dahinstehen, ob ...«).«⁵³⁷
- Möchte (und kann) ich im Hinblick auf die Klausursituation einmal zeigen, dass ich über vertieftes, jedoch im Einzelfall nicht entscheidendes Wissen verfügt, sollte dies allenfalls in Form eines Einschubs geschehen:
 - Bsp.: Die Kläger, einfache Streitgenossen im Sinne von §§ 59, 60 ZPO, ...
- Ein Urteil dient nicht der Vermittlung von Fachwissen!
- [Sach- und Rechtsprüfung werden im Urteil nicht getrennt. Die sachliche Prüfung geht in die rechtliche Prüfung über.]⁵³⁸

⁵³² *Danger*, JA 2005, 523 (524).

⁵³³ Ebd.

⁵³⁴ Ebd.

⁵³⁵ *Haft*, Juristische Rhetorik, 8. Aufl. (2009), S. 108.

⁵³⁶ *Danger*, JA 2005, 523 (524).

⁵³⁷ Ebd.

⁵³⁸ *Oberheim*, Zivilprozessrecht für Referendare, 9. Aufl. (2012), S. 248, Rdnr. 113.

- »Zur Subsumtion können nur Tatsachen herangezogen werden, die entweder unstreitig oder bewiesen sind.«⁵³⁹
- Der Beweis einer Tatsache setzt eine in die Begründungskette integrierte Beweiswürdigung voraus.⁵⁴⁰
- Parteivorbringen wird dort gewürdigt, wo es jeweils relevant ist.⁵⁴¹
- »Der wichtigsten Ordnungsgesichtspunkt für die Reihenfolge der Begründungselemente ergibt sich aus dem logischen Schema der Gesetzesanwendung.«⁵⁴²
- [Ist die Klage unzulässig oder unbegründet, ist darauf zu achten, dass alle in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen abzuhandeln sind, die in Betracht kommen; allerdings muss jeweils nur dargestellt werden, welche Sachurteilsvoraussetzung fehlt, bzw. welches Prozesshindernis einer Sachentscheidung entgegensteht. Nicht dargestellt werden muss in diesem Fall dagegen, welche Voraussetzungen erfüllt waren.]⁵⁴³
- Ist die Klage begründet, müssen alle Tatbestandselemente der Norm ausgeführt werden und alle geltend gemachten Einwendungen und Einreden als nicht erfolgreich ausgeräumt werden.⁵⁴⁴
- [Zur Begründung einzelner Begehren sollte man stets das Argument mit der stärksten Überzeugungskraft verwenden. Mehrfachbegründungen (bspw. weiteren Anspruchsgrundlagen bzw. Einreden) hingegen stärken nicht zwingend die Überzeugungskraft, sondern können den Eindruck entstehen lassen, der Verfasser sei sich seiner Sache nicht besonders sicher.]⁵⁴⁵

⁵³⁹ Oberheim, Zivilprozessrecht für Referendare, 9. Aufl. (2012), S. 248, Rdnr. 113.

⁵⁴⁰ Ebd.

⁵⁴¹ Oberheim, a. a. O., S. 249, Rdnr. 115.

⁵⁴² Huber, JuS 1987, 296 (299).

⁵⁴³ Schuschke/Kessen/Höltje, Zivilrechtliche Arbeitstechnik im Assessorexamen, 35. Aufl. (2013), S. 248, Rdnr. 604 f.

⁵⁴⁴ Anders/Gehle, Das Assessorexamen im Zivilrecht, 10. Aufl. (2010), S. 121 f., Rdnr. 36-38.

⁵⁴⁵ Schuschke/Sattelmacher/Sirp, Bericht, Gutachten und Urteil, 34. Aufl. (2008), S. 304, Rdnr. 577.

- Bezüglich des Vorbringens der Parteien muss grundsätzlich immer ausgeführt werden, warum es der Entscheidung zu Grunde gelegt wurde oder warum dies nicht der Fall war.⁵⁴⁶
- ›Zwar ... aber ...‹-Konstruktionen können ein Hinweis darauf sein, dass man die Entscheidungsgründe nicht sorgfältig genug aufgebaut hat.⁵⁴⁷
- Urteilend Denken
 - Bei der juristischen Aufarbeitung des Sachverhalts laufen zwei Denkprozesse parallel ab.⁵⁴⁸
 - 1.) [Die Ableitung (Deduktion i.e.S.) des Ergebnisses aus den als bekannt vorausgesetzten und zunächst einmal nicht weiter hinterfragten Rechtsnormen.]⁵⁴⁹
 - Im Kern geht es hier um rein logische Schlussfolgerungen und nicht um wertende Betrachtungen.⁵⁵⁰
 - [Diese Form der Ableitung liegt in all jenen Passagen der Falllösung vor, die nach Maßgaben der eigenen Lösungsskizze absolut unproblematisch sind: (+), (-). Diese Ja-Nein-Schlüsse weisen keinen Argumentationsspielraum vor.]⁵⁵¹
 - 2.) [Die argumentative Auseinandersetzung mit zumeist einzigartigen rechtlichen Problemen des ganz konkreten Falls, zu denen die Deduktion im Laufe der Fallprüfung führt.
 - Hier geht es um die Entscheidung von Wertungsfragen. Regelmäßig ist eine

⁵⁴⁶ Vgl. Schuschke/Kessen/Höltje, Zivilrechtliche Arbeitstechnik im Assessorexamen, 35. Aufl. (2013), S. 241, Rdnr. 578 f.

⁵⁴⁷ Vgl. Schuschke/Kessen/Höltje, a. a. O., S. 238, Rdnr. 567 f.

⁵⁴⁸ Danger, JA 2005, 523 (525).

⁵⁴⁹ Ebd.

⁵⁵⁰ Ebd.

⁵⁵¹ Ebd.

Abwägung von Pro- und Contra-
Argumenten erforderlich.]]⁵⁵²

- Allgemeines zum Urteilsstil
 - [Entscheidend ist, dass zunächst das rechtliche Ergebnis als feststehend genannt wird und anschließend die Begründung folgt. Diese Begründung setzt sich ihrerseits wiederum aus Teilbegründungen zusammen.]]⁵⁵³
 - Dies ist der ›Urteilsstil im engeren Sinne‹, wobei gemeint ist, dass eine bestimmte Reihenfolge der Sätze vorliegt.⁵⁵⁴
 - Er setzt voraus, dass sich ein Endergebnis aus einem Teilergebnis logisch herleiten lässt.
 - [Man schreibt nur so lange im Urteilsstil i.e.S., solange man nicht mehr tut, als das Gesetz abzusprechen. Sobald man bei der Niederschrift zur komplizierten Beantwortung von Wertungsfragen gelangt, gibt es weder einen sachlogischen noch einen rhetorischen Grund, aus dem eine bestimmte Reihenfolge der Begründungssätze folgen würde.]]⁵⁵⁵
 - Der streng strukturierte Urteilsstil lässt sich jedoch nicht mehr anwenden, wenn sich die rechtliche Prüfungen verzweigt oder es um Wertungsfragen geht.⁵⁵⁶ In diesem Fall ist die Anwendung des ›Urteilsstils im weiteren Sinne‹ erforderlich.
 - Die Erörterung von Wertungsfragen erfordert einen freieren Stil, den ›Urteilsstil im weiteren Sinne‹.⁵⁵⁷
 - [Da Rechtsfragen grundsätzlicher Natur, Meinungsstreite eingeschlossen, kaum jemals zu erörtern sein werden, dürfte als stilistisch anspruchsvolle Aufgabe neben der Beweiswürdi-

⁵⁵² Danger, JA 2005, 523 (525).

⁵⁵³ Danger, a. a. O., 523.

⁵⁵⁴ Danger, a. a. O., 523 (524).

⁵⁵⁵ Danger, a. a. O., 523 (526).

⁵⁵⁶ Danger, a. a. O., 523 (524).

gung vor allem die Auseinandersetzung mit im Einzelfall problematischen Tatbestandsmerkmalen, also deren Auslegung, übrig bleiben. An dieser Stelle braucht man sich nicht durch irgendwelche angeblichen Erfordernisse des ›Urteilsstils‹ eingeengt zu fühlen.⁵⁵⁸

- **Obersätze strukturieren die Entscheidungsgründe**
 - [Die Abspaltung von umfangreichen Obersätzen, die sämtliche Unterergebnisse zusammenfassen, den weiteren Gang der Darstellung ankündigen und nach unten verweisen, sollten so weit wie möglich vermieden werden.
 - Unverzichtbar ist nur der Obersatz zu Beginn des Urteils im Hinblick auf die Klage insgesamt.⁵⁵⁹
 - Im weiteren Verlauf der Darstellung sind die Obersätze so konkret wie möglich zu formulieren.
 - »Dabei wird die sinngemäße Kurzfassung der Rechtsgrundlage von vornherein auf den entschiedenen Einzelfall zugeschnitten. Das die Norm noch mehr zu leisten vermag, als für den konkreten Fall erforderlich, interessiert in der vorliegenden Entscheidung nicht und kann sie daher auch nicht tragen.«⁵⁶⁰
 - [Lediglich sofern der vorangegangene Prüfungspunkt sehr umfangreich gewesen ist, kann es erforderlich sein, danach für den weiteren Gang der Darstellung den Bezug nach oben wiederher-

⁵⁵⁷ Vgl. *Danger*, JA 2005, 523 (526).

⁵⁵⁸ *Danger*, a. a. O., 523 (527).

⁵⁵⁹ Ebd.

⁵⁶⁰ *Schuschke/Sattelmacher/Sirp*, Bericht, Gutachten und Urteil, 34. Aufl. (2008), S. 310, Rdnr. 585.

zustellen. Die kann z.B. durch Bezugnahme auf den jeweiligen Oberbegriff geschehen.

- Bsp.: »Die Beklagte hat der Klägerin das Holz im Sinne des § 929 BGB übergeben. Die Klägerin hat den Besitz am Holz erlangt ... {umfangreiche Ausführungen}. Auch die zweite Voraussetzung einer Übergabe ist gegeben ...«]⁵⁶¹

- **Begründungsketten**

- Die Begründung des Ergebnisses muss durch weitere Begründungen konkretisiert werden, so dass Begründungsketten entstehen.⁵⁶²
- Wie tief diese ins Detail gehen müssen ist eine Frage des Einzelfalls (Evidenz?). Deduktive Nebenschemata ergeben sich zumindest aus dem Vorbringen der Parteien (Gewährung rechtlichen Gehörs).
- [Ist die Begründungskette bis zu einem Tatbestandsmerkmal geführt, muss dessen Vorliegen mit (von den Parteien vorgetragenen) Tatsachen begründet werden.
- Warum Tatsachen der Entscheidung zu Grunde gelegt werden, ist an der Stelle in den Gründen darzulegen, an der die Tatsache zur Ausfüllung eines Tatbestandsmerkmals benötigt wird.]⁵⁶³
- [Ein im hierarchischen Aufbau des Urteils gleichrangig neben einem anderen stehender Untersatz kann erst angesprochen werden, wenn die Begründungskette für den behandelten Untersatz zu Ende geführt ist.]⁵⁶⁴

⁵⁶¹ *Danger*, JA 2005, 523 (527).

⁵⁶² Vgl. *Oberheim*, Zivilprozessrecht für Referendare, 9. Aufl. (2012), S. 248, Rdnr. 113.

⁵⁶³ Ebd.

⁵⁶⁴ *Oberheim*, a. a. O., S. 249, Rdnr. 114.

- Drei Stationen der Deduktion⁵⁶⁵
 - [1.) Konkrete Rechtsfolge
 - 2.) Abstrakte Rechtsfolge und abstrakter Tatbestand (konkretisiert mit Blick auf Sachverhalt)
 - 3.) Konkreter Sachverhalt
 - Die Überleitung von der 2. zur 3. Station erfolgt durch den Feststellungssatz, dass die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt seien (oder nicht).]⁵⁶⁶
 - [In der Praxis werden die Stationen 2 und 3 meist zusammengefasst: Das Nebeneinander von abstraktem Tatbestand und konkretem Sachverhalt kann zusammengefasst werden, indem der Wortlaut des Gesetzes wörtlich oder sinngemäß übernommen, auf die betreffenden Beteiligten bezogen und die Paragraphennummer hinzugefügt wird.]⁵⁶⁷
 - Bsp.: »Gemäß § 390 BGB ist die Aufrechnung mit einer einredebehafteten Forderung ausgeschlossen. Diese Voraussetzung ist hier nicht erfüllt. Die Forderung der Beklagten war nicht einredebehaftet.« wird zu »Die Forderung der Beklagten war auch nicht gemäß § 390 BGB mit einer Einrede behaftet.«⁵⁶⁸
- Struktur des Urteilsstils⁵⁶⁹
 - 1.) Einstieg (Übergeordnetes Ergebnis; »Die zulässige Klage ist begründet.«)

⁵⁶⁵ Vgl. insgesamt *Danger*, JA 2005, 523 (526).

⁵⁶⁶ Ebd.

⁵⁶⁷ Ebd.

⁵⁶⁸ Ebd.

⁵⁶⁹ Bei diesem Punkt habe ich die Ausführungen zur Struktur des Gutachtenstils aufgegriffen und auf den Urteilsstil angepasst. Vgl. hier >Darstellung der rechtlichen Lösung > Bearbeitungsformen > Gutachten > Gutachtenstil > Struktur.

- 2.) Ergebnis (der die Rechtsfolge begründenden Rechtsnorm)
- 3.) Obersatz (abstrakte Voraussetzungen, die erfüllt bzw. nicht erfüllt sind)
- 4.) Konkretisierung, Präzisierung, Interpretation
- 5.) Untersatz (Subsumtion: »Diese Voraussetzungen sind erfüllt, denn...«)
- Erörterung von Wertungsfragen⁵⁷⁰
 - 1.) [Zunächst werden definitionsartig und am Problem des Falls orientiert die maßgeblichen Entscheidungskriterien herausgearbeitet. Nach Nennung des Ergebnisses wird von einer allgemein gültigen, wenngleich die Besonderheiten des konkreten Falls aufweisenden Konstellation gesprochen. Anhand dieser Fallkonstellation werden die in der eigenen Lösungsskizze gedanklich vorbereiteten Entscheidungskriterien abstrakt genannt und mit Argumenten versehen.]⁵⁷¹
 - Bsp.: »Die Kl hat die tatsächliche Gewalt, § 854 Abs. 1 BGB, über das erworbene Holz erlangt. Die tatsächliche Gewalt über Gegenstände, die sich in einem verschlossenen Raum, Behälter, Verschlag, Gatter oder ähnlichem befinden, so dass diese ohne den Schlüssel nicht oder nur unter ganz erheblichen Schwierigkeiten unbefugt entnommen werden können, liegt allein bei dem Besitzer des entsprechenden Schlüssels. Nur dieser allein kann effektiv und umfassend auf die eingeschlossenen Gegenstände einwirken.

⁵⁷⁰ Diese Punkt beruht insgesamt auf den vorzüglichen Ausführungen von Jörg Danger; *Danger*, JA 2005, 523 (526 f.).

⁵⁷¹ *Danger*, a. a. O., 523 (527).

Gleichzeit ist jeder andere von dieser Möglichkeit ausgeschlossen.«⁵⁷²

- 2.) Darauf folgt dann die Feststellung, ob diese Kriterien im konkreten Fall erfüllt sind oder nicht und die erneute Nennung der entscheidenden Umstände des konkreten Falls.⁵⁷³
 - Bsp.: »So liegt der Fall hier. Das von der Kl erwerbene Holz befand sich in einer mit einem Vorhängeschloss abgesperrten, zwei Meter hohen Umzäunung. Der einzige Schlüssel zu diesem Bereich wurde der Klägerin am 19.7.2012 von der Beklagten übergeben.«⁵⁷⁴
- 3.) Abschließend werden die weiteren Besonderheiten des Sachverhalts, die man ebenfalls im Urteil ansprechen möchte (rechtliches Gehör), als Einzelpunkte angehängt.⁵⁷⁵
 - Bsp.: [Demgegenüber ist hier unerheblich, dass sich das Grundstück, auf dem sich das Holz befand, insgesamt im Besitz des Dritten befand. Der Besitz im Sinne von §854 BGB ist ein tatsächliches Verhältnis zwischen Person und Sache. Als solches muss es für jeden Gegenstand separat bestimmt werden. Insoweit ist ohne Weiteres denkbar, dass eine unbewegliche Sache einen anderen unmittelbaren Besitzer hat als mehrere bewegliche Sachen, selbst wenn sich alle in räumlicher Nähe befinden. Ein solcher Fall ist jedenfalls dann gegeben, wenn – wie hier –

⁵⁷² *Danger*, JA 2005, 523 (527).

⁵⁷³ Ebd.

⁵⁷⁴ Ebd.

⁵⁷⁵ Ebd.

der Grundstücksbesitzer auf die bewegliche Sachen gar nicht einwirken kann, da diese auch vor ihm durch einen hohen Zaun und ein Vorhängeschloss gesichert sind.]⁵⁷⁶

- Vermerk

- [Zweck: Vermerke sind Schriftstücke, in denen der Verfasser für relevant erachtete Informationen und Bewertungen festhält und sollen die weitere Bearbeitung eines Sachverhalts und die damit einhergehende Entscheidung vorbereiten und inhaltlich absichern.]⁵⁷⁷

- Form

- Kopf⁵⁷⁸
 - ›Von: ...‹
 - ›An: ...‹
 - ›Az.: ...‹
 - ›Betreff: ...‹
 - ›hier: ...‹
 - ›Bezug: ...‹
 - ›Anlage: ...‹
- Zusammenfassung des Gesamtergebnisses und konkreter Lösungsvorschlag.⁵⁷⁹
- [Kontext: Sachverhalt und Rechtsfrage
- Wiederaufgreifen des Ergebnisses und des Lösungsvorschlags und seine Begründung]⁵⁸⁰

⁵⁷⁶ *Danger*, JA 2005, 523 (527).

⁵⁷⁷ *Hombrecher/Kiefmann*, JA 2011, 367.

⁵⁷⁸ Vgl. zu diesem Punkt *Hombrecher/Kiefmann*, a. a. O., 367 (368).

⁵⁷⁹ Ebd.

⁵⁸⁰ *Hombrecher/Kiefmann*, a. a. O., 367 f.

- Stil⁵⁸¹
 - Vermerke bedienen sich dem Bestem von allem. Gutachtenstil und Urteilsstil werden gemischt. Maßstab ist der Erwartungshorizont des Adressaten. Diesem soll das Lesen so einfach wie möglich gemacht werden. An Stellen, an denen nur das Gesetz mit dem zu Grunde liegenden Sachverhalt ausgefüllt wird, wird der Urteilsstil verwendet. An Stellen, an denen eine abweichende Meinung zu Gunsten oder zu Lasten des Betroffenen gehen kann, ist der Gutachtenstil besser geeignet, die Abwägungsmöglichkeiten aufzuzeigen.
 - Um sich sprachlich nicht in Widerspruch zu setzen, bietet es sich an, den Übergang zum Gutachtenstil entsprechend zu kennzeichnen: ›Hinsichtlich ... ist hier davon auszugehen, dass ... Diese Lösung beruht auf folgender gutachterlichen Erwägung: ...‹.
- Berichterstattung
 - [Sinn und Zweck der Berichterstattung ist die Erörterung eines Falles im Plenum zu ermöglichen, um auf diese Weise das Wissen und die Erfahrung aller Beteiligten zu nutzen. Desweiteren kann durch eine gewissenhafte Vorarbeit des Berichterstatter Zeit (und Geld) gespart werden.]⁵⁸²
 - Zuhörer ist der praktisch tätige Jurist.
 - Der Zuhörer muss in die Lage versetzt werden den Kern des Rechtsstreits im Gedächtnis zu behalten.⁵⁸³
 - [Der Vortragende hat sich grundsätzlich auf das zu beschränken, was er nach gewissenhafter Prüfung der Sach- und Rechts-

⁵⁸¹ Während meiner Referendarszeit hatte ich häufiger Schwierigkeiten mit der Frage, wann welche Stilformen zu verwenden sind. Insbesondere wenn man Gutachten, Vermerke und entsprechende mündliche Vorträge für Praktiker vorbereitet, erscheinen Urteils- und Gutachtenstil so künstlich. Daher machte ich mir Gedanken über Sinn und Zweck der jeweiligen Tätigkeiten und schloss davon ausgehend auf die Ausdrucksform.

⁵⁸² Schuschke/Kessen/Höltje, Zivilrechtliche Arbeitstechnik im Assessorexamen, 35. Aufl. (2013), S. 423, Rdnr. 1106.

⁵⁸³ Vgl. Schuschke/Kessen/Höltje, a. a. O., S. 424, Rdnr. 1106.

lage zur Entscheidung des Falles von dem Standpunkt aus, zu dem er sich letztlich durchgerungen hat, für unerlässlich hält, ohne dass dabei berechtigte Zweifel verschwiegen werden.]⁵⁸⁴

- Ausgangsfrage ist wieder einmal: ›Was lasse ich weg?‹
- Im Gegensatz zur schriftlichen Ausarbeitung kann der Adressat beim Vortrag nicht zurückblättern – es kann auch keine Bezugnahme auf Schriftsätze erfolgen.⁵⁸⁵ Andererseits macht es auch keinen Sinn, zu komplexe Informationen zu präsentieren, da diese nicht behalten werden können.
- Der Zuhörer soll durch den Vortrag in den Entscheidungsprozess einbezogen werden und in die Lage versetzt werden auch andere, neue Gesichtspunkte in die Beratung einzubringen und ggf. überzeugendere Lösungswege aufzuzeigen.⁵⁸⁶
 - Daraus folgt, dass die Darstellung des Sachverhalts von großer Bedeutung ist, da Defizite bei der sachlichen Aufklärung nicht ohne Weiteres offensichtlich sind.⁵⁸⁷
- »Der Vortragende darf nicht davon ausgehen, dass der Zuhörer alles gelesen hat, was er sich selbst in der Vorbereitung des Vortrags erarbeitet hat.«⁵⁸⁸
- »Er muss deshalb immer so viel an Information bieten, dass ein sachkundiger, aber nicht unbedingt mit den Detailproblemen des konkreten Falls vertrauter Zuhörer bei der Entscheidungsfindung sachlich in der Weise mitdiskutieren kann, in der der Vortragende bei seiner eigenen Entscheidungsfindung und Ausarbeitung des Vortrags innerlich mit sich selbst diskutierte und Auffassung gegeneinander abwog.«⁵⁸⁹
- **Der Aktenvortrag im Assessorexamen**
 - Gefordert wird die Darstellung des Inhalts einer Akte in freier Rede.

⁵⁸⁴ Schuschke/Kessen/Höltje, Zivilrechtliche Arbeitstechnik im Assessorexamen, 35. Aufl. (2013), S. 424, Rdnr. 1106.

⁵⁸⁵ Vgl. Schuschke/Kessen/Höltje, a. a. O., S. 423, Rdnr. 1106.

⁵⁸⁶ Ebd.

⁵⁸⁷ Vgl. Schuschke/Kessen/Höltje, a. a. O., S. 424, Rdnr. 1106.

⁵⁸⁸ Schuschke/Kessen/Höltje, a. a. O., S. 428, Rdnr. 1115.

⁵⁸⁹ Ebd.

- Die Aufgabenstellung beim Vortrag ist viel weiter als in der Klausur. Auch vorläufige Entscheidungen (bspw. ein Beweisbeschluss) können Gegenstand der Bearbeitung sein.
- [Aufbau
 - I.) Einführung
 - ›Es handelt sich um eine Klage auf Ersatz des Schadens, der ... Kläger ist ... aus ... Beklagter ist ... aus ... Der Rechtsstreit steht im Juli 2013 bei dem AG ... zur Entscheidung an.‹
 - II.) Bericht
 - ›Dem Rechtsstreit liegt folgender Sachverhalt zu Grunde ...‹
 - ›Auf die Korrespondenz werde ich im Rahmen der rechtlichen Würdigung dort eingehen wo es erforderlich ist.‹
 - ›Die Kammer hat Beweis erhoben durch ... Auf das Ergebnis der Beweisaufnahme werde ich an den relevanten Stellen der rechtlichen Würdigung zurückkommen.‹
 - III.) Wesentlicher Entscheidungsvorschlag
 - ›Ich schlage vor, der Klage stattzugeben.‹
 - IV.) Rechtliche Würdigung
 - ›Diesem Vorschlag liegt folgende rechtliche Würdigung zu Grunde ...‹
 - V.) Mitteilung der zu treffenden Entscheidung bzw. Maßnahme
 - ›Ich schlage folgenden Tenor vor ...‹⁵⁹⁰

⁵⁹⁰ Bei diesem Aufbauschema handelt es sich um einen Zusammenschrieb von *Schuschke/Kessen/Höltje*, Zivilrechtliche Arbeitstechnik im Assessorexamen, 35. Aufl. (2013), S. 425-429, Rdnr. 1108-1118 und meinen eigenen Erkenntnissen, welche im Rahmen der Probevorträge zur Examensvorbereitung gesammelt habe.

- Zeiteinteilung
 - Der Vortrag darf die Dauer von 12 Minuten nicht überschreiten
 - *Herstellung*
 - Der Sachverhalt sollte nach 20 Minuten vollständig erfasst sein. Die Darstellung des Sachverhaltes sowie die Vorbereitung der rechtlichen Lösung sollte nach 10 - 15 Minuten abgeschlossen sein. Die rechtliche Lösung und Ihre Darstellung sollten demnach nicht länger als 20 Minuten in Anspruch nehmen.
 - *Darstellung*
 - Einführung und Bericht dürfen nicht länger als 4 Minuten in Anspruch nehmen. Die rechtliche Würdigung sollte 6 Minuten lang sein; so verbleibt 1 Minute für den Entscheidungsvorschlag sowie 1 Minute Karenzzeit.
- Werkzeuge
 - Stichwortzettel
 - Aktenvorlage bei Mitteilung von Anträgen, Zeit- oder Zahlenangaben, Wortlaut von Erklärungen und Urkunden
- Stil
 - Die Ausführungen erfolgen grundsätzlich im Urteilsstil. Stellen, an denen der Vortragende selbst gezweifelt und abgewogen hat, sollten jedoch zunächst mit einem hypothetischen Denkansatz eingeleitet und nachfolgend aufgelöst werden (Gutachtenstil).
 - Die Darstellung erfolgt grundsätzlich einschichtig.

- Sonstige Stilformen
 - Direkte Methode⁵⁹¹
 - Richtet sich an das Juristische Publikum: Liegt ein grds. aufwendig zu definierendes Tatbestandsmerkmal offenkundig vor, kann die Definition mit dem Ergebnis zusammengefasst werden.⁵⁹²
 - Kompromiss zwischen dem Verbot, Offenkundiges zu prüfen, und dem Erfordernis, Wissen zu zeigen.
 - Prämissen und ausfüllende Sachverhaltselemente werden zusammengefasst, das heißt, es handelt sich um die Zusammenfassung von Auslegung und Subsumtion (Definition und Subsumtion) bzw. von Obersatz und Definition.⁵⁹³
 - 1. Bsp.: »S hat dadurch, dass er den Ring in seine Hosentasche steckte, die tatsächliche Sachherrschaft willentlich erworben und folglich Besitz.«
 - 2. Bsp.: »Auch eine Blankounterschrift kann eine auf B als Aussteller hinweisende beweiserhebliche Gedankenerklärung darstellen, wenn sich aus den Umständen ergibt, dass ...«⁵⁹⁴
 - Feststellung
 - [Alles was in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht evident ist, wird festgestellt. Jedes Wort der Begründung ist hier ein Fehler, da es die eigene Feststellung in Frage zu stellen droht.]⁵⁹⁵
- Stilkritik
 - Emphasen (z.B. nachdrücklich) deuten wie alle starken Worte auf schwache Argumente hin.⁵⁹⁶

⁵⁹¹ Diese Methode der Darstellung stammt von Arzt, Die Strafrechtsklausur, 7. Aufl. (2006), S. 54 f.

⁵⁹² Arzt, a. a. O., S. 54.

⁵⁹³ Vgl. ebd.

⁵⁹⁴ Vgl. ebd.

⁵⁹⁵ Haft, Juristische Schreibschule, 2009, S. 222 f.

⁵⁹⁶ Haft, a. a. O., S. 181 f.

- Kommandoton (sind ... zu berücksichtigen) deutet auf einen Mangel an Argumenten hin.⁵⁹⁷
- Zitate ersetzen keine Begründung.⁵⁹⁸
- Schreckensbilder ersetzen ebenfalls keine Begründung.⁵⁹⁹

- Strukturieren

- Lean Communication⁶⁰⁰
 - [Man produziere nur Informationen, die wirklich gebraucht werden und man tue dies nur dann, wenn sie gebraucht werden.
 - Die Ursachen von Kommunikationspannen müssen sofort gesucht und behoben werden.
 - Man sollte versuchen, die Kommunikation ständig zu verbessern.]⁶⁰¹
- Überschriftenlehre⁶⁰²
 - Sinneinheiten zusammenfassen – Orientierungspunkte schaffen
 - Titel leiten den Leser und geben dem Inhalt einen Kontext, er soll Orientierung ermöglichen und Interesse wecken.⁶⁰³
 - Vorreiter legen die Basis für die Erinnerung des Gelesenen.⁶⁰⁴
 - Ein sog. Lead ist eine kurze Einleitung zu ›Was? Wann? Wo? Warum? Wie?‹⁶⁰⁵
- Richtig Gliedern
 - Was nützen Randziffern? Zitieren kann man auch eine Seite.⁶⁰⁶
 - Was nützen Gliederungspunkte ohne Überschriften?⁶⁰⁷

⁵⁹⁷ Haft, Juristische Rhetorik, 8. Aufl. (2009), S. 185.

⁵⁹⁸ Vgl. Haft, a. a. O., S. 187 f.

⁵⁹⁹ Haft, a. a. O., S. 186.

⁶⁰⁰ Haft, Juristische Schreibschule, 2009, S. 115 ff.

⁶⁰¹ Haft, a. a. O., S. 116.

⁶⁰² Haft, a. a. O., S. 125 ff.

⁶⁰³ Haft, a. a. O., S. 143.

⁶⁰⁴ Haft, a. a. O., S. 143.

⁶⁰⁵ Haft, a. a. O., S. 137.

⁶⁰⁶ Vgl. Haft, a. a. O., S. 146 f.

- Wenn Gliederungspunkte nicht gesetzt werden können, dann gliedere anhand des ersten und letzten Satzes des Absatzes.
- Gliederungsfallen und Strukturfehler⁶⁰⁸
- Abschweifen
- Unausgewogenheit der Argumente
- Fakten vermengen und Verwirrung stiften
- Sieben Gliederungsprinzipien⁶⁰⁹
 - *Hierarchieprinzip*:⁶¹⁰ Je höher, desto wichtiger!
 - Juristische Fälle sind komplex. Komplexität umfasst eine Vielzahl von Aspekten.⁶¹¹ Diese Aspekte bilden Aspekt-Hierarchien, die es abzubilden gilt.⁶¹²
 - [So gliedert sich der Ober-Aspekt ›Sachverhalt‹ in die verschiedenen Sachverhaltskomplexe, in den wiederum Personen oder Personengruppen auftreten. Sachverhaltskomplexe können selbst wieder in verschiedene Unterkomplexe unterteilt werden u.s.w.. Ähnlich bei dem Oberaspekt ›Norm‹. Die Startnormen können die Anspruchsgrundlagen sein, welche wiederum in vertragliche und gesetzliche Normen unterteilt werden können u.s.w.]⁶¹³
 - Hierarchien bestehen aus Aspekt- oder Begriffsebenen.⁶¹⁴
 - Anträge, Begehren
 - Sachverhalt

⁶⁰⁷ Vgl. Haft, Juristische Schreibschule, 2009, S. 146 f.

⁶⁰⁸ Hierzu Haft, a. a. O., S. 149 ff.

⁶⁰⁹ Vgl. Haft, a. a. O., S. 150 ff. Wenn Sie die Anordnung der Prinzipien mit dem Verlauf der ursprünglichen Darstellung bei Haft vergleichen, werden Sie feststellen, dass ich die Gewichtung der Prinzipien bewusst anders vorgenommen habe als Haft. Für mich ist etwa das Hierarchieprinzip das erste und wichtigste Gliederungsprinzip, während es bei Haft lediglich an fünfter Stelle aufgeführt wird. Ein sehr gutes Beispiel also für die persönliche Verarbeitung fremder Inhalte im Rahmen der Liste.

⁶¹⁰ Haft, a. a. O., S. 157 f.

⁶¹¹ Haft, a. a. O., S. 29.

⁶¹² Haft, a. a. O., S. 30.

⁶¹³ Haft, a. a. O., S. 29 f.

⁶¹⁴ Vgl. ebd.

- Personen
- Paragraphen
- Normalfall
- Problem
- [Äquivalenzprinzip: Die Begriffe einer Ebene müssen auch auf derselben Ebene liegen (Fleisch und Obst – Steak und Apfel).]⁶¹⁵
- [Von-links-nach-rechts-Prinzip: Die sachlogische Reihenfolge ist einzuhalten; erst eine Hierarchieebene vollständig abarbeiten, bevor man sich den den Begriffen zuwendet, die eine Ebene tiefer stehen.]⁶¹⁶
- [Vollständigkeitsprinzip: Nenne und behandle alle »Chunks« die zum aktuellen Gliederungspunkt gehören (nicht mehr als sieben).]⁶¹⁷
- [Ankündigungsprinzip: Man sagt, was man tut, bevor man es tut.]⁶¹⁸
- [Sweet and Short: Kürze und Klarheit vereint – der Leser soll nicht raten müssen]⁶¹⁹
- [Prinzip Einfachheit: Ein Gedanke ist gut, wenn er einer einfachen Darstellung zugänglich ist.]⁶²⁰
- Absatz richtig setzen
 - Der Absatz bildet die elementarste Struktur des Textes⁶²¹
 - Ein Absatz entspricht der »Textgestalt« einer Sinneinheit.
 - Absätze sind an das Seitenlayout anzupassen (Hurenkind und Schusterjunge).

⁶¹⁵ Haft, Juristische Schreibschule, 2009, S. 156 f.

⁶¹⁶ Haft, a. a. O., S. 158 f.

⁶¹⁷ Haft, a. a. O., S. 160 f.

⁶¹⁸ Haft, a. a. O., S. 152.

⁶¹⁹ Haft, a. a. O., S. 156.

⁶²⁰ Haft, a. a. O., S. 154 f.

⁶²¹ Haft, a. a. O., S. 167.

– Einen Sachverhalt juristisch darstellen

- [Zweck der Sachverhaltsherstellung ist immer, die tatsächliche Grundlage der juristischen Entscheidung darzustellen. Dabei muss man jedoch berücksichtigen, dass der Tatbestand vornehmlich die Parteien geschrieben wird, die diesen ohne Rechtskenntnisses verstehen können sollen. Darüber hinaus sollte der Tatbestand dem Juristen, der um Prüfung von Rechtsmittelaussichten gebeten wird, einen ersten sinnvollen Einstieg in den Fall ohne Aktenstudium ermöglicht.]⁶²²
- [Von einer Aneinanderreihung wörtlicher Zitate ist abzusehen – auf eine Partei wirkt es unangenehm, wenn sie das der Entscheidung zu Grunde gelegte Geschehen nur in Formulierungen des Gegner wiedergegeben vorfindet.]⁶²³
- ›Den Sachverhalt‹ gibt es nicht, denn der Leser stellt sich sein Bild des Geschehens immer selbst her.⁶²⁴
- Die Ausgangsfrage ist nicht ›Was muss rein?‹ sondern ›Was kann ich weglassen?‹.⁶²⁵
- [Die Kunst besteht darin, die Informationen auszuwählen, die den Leser dazu bringen, sich den Rest möglichst treffend selbst vorzustellen; denn der Leser ist sein eigener Geschichtenerzähler, und der Autor gibt bloß den Anstoß dazu. Dabei sollte man die unterschiedlichen Zeithorizonte beachten: langsam schreiben – schnell lesen.]⁶²⁶
- [4 Regeln für den Umfang des Tatbestands
 - 1.) Alle in den Entscheidungsgründen aufgegriffenen Tatsachen und Tatsachenbehauptungen sollten im erstinstanzlichen Tatbestand aufgegriffen werden.
 - 2.) Die Behauptungen der unterlegenen Partei, auf die diese erkennbares Gewicht gelegt hat, sollten auch dann im Tatbestand aufgeführt sein, wenn sie in den Entscheidungsgründen nicht

⁶²² Schuschke/Sattelmacher/Sirp, Bericht, Gutachten und Urteil, 34. Aufl. (2008), S. 266 f., Rdnr. 496 f.

⁶²³ Schuschke/Kessen/Höltje, Zivilrechtliche Arbeitstechnik im Assessorexamen, 35. Aufl. (2013), S. 57, Rdnr. 121.

⁶²⁴ Vgl. Haft, Juristische Schreibschule, 2009, S. 204.

⁶²⁵ Zum Weglassen vgl. Haft, a. a. O., S. 213 ff.

⁶²⁶ Haft, a. a. O., S. 218 f.

aufgegriffen werden, weil sie für den vom Gericht eingeschlagenen Lösungsweg keine Bedeutung haben.

- 3.) Die Anträge der Parteien, die noch zur Entscheidung anstehen, sind immer ohne Veränderung in den Tatbestand zu übernehmen. Lediglich die im Antrag enthaltenen Anregungen zur Kostenentscheidung und zur vorläufigen Vollstreckbarkeit können entfallen.
- 4.) Verweisungen auf Schriftsätze, Anlagen, überreichte Urkunden etc. müssen auch im Tatbestand immer konkret erfolgen.⁶²⁷
- Wahl der Tempora
 - [Der unstreitige vorprozessuale Sachverhalt, also die Geschichtserzählung, wird im *Präteritum* dargestellt.]⁶²⁸
 - »Besteht die Notwendigkeit, in die laufende Geschichtserzählung hinein ein früheres Ereignis nachzuschieben, so wird hierfür das *Plusquamperfekt* verwendet.«⁶²⁹ Dies ist nur dann notwendig, wenn eine Tatsache bei der üblichen historischen Darstellung unverständlich wäre und sich nur zwanglos im Zusammenhang mit den späteren Tatsachen darstellen lässt.
 - Ereignisse und Fakten, die in die ›Jetzt-Zeit‹ fortwirken, werden im *Präsens* dargestellt.⁶³⁰
 - Zeitlich beziehen sich der Einleitungssatz (soweit vorhanden), die endgültig gestellten Anträge, das Vorbringen von Behauptungen und Ansichten sowie eventuell erhobene Einreden auf den Schluss der letzten mündlichen Verhandlung. Sie stellen die prozessuale Gegenwart dar.⁶³¹ Die daraus folgende Verwendung des *Präsens* verdeutlicht an dieser Stelle, dass über dieses Vorbringen der Parteien zu entscheiden ist.

⁶²⁷ Schuschke/Sattelmacher/Sirp, Bericht, Gutachten und Urteil, 34. Aufl. (2008), S. 267 f., Rdnr. 498-501. Interessant ist, dass diese Ausführungen nicht mehr Bestandteil der Nachauflage waren; vgl. hierzu Schuschke/Kessen/Höltje, Zivilrechtliche Arbeitstechnik im Assessorexamen, 35. Aufl. (2013), S. 212 ff., Rdnr. 482 ff.

⁶²⁸ Schuschke/Kessen/Höltje, a. a. O., S. 219, Rdnr. 505.

⁶²⁹ Ebd.

⁶³⁰ Ebd.

⁶³¹ Oberheim, Zivilprozessrecht für Referendare, 9. Aufl. (2012), S. 175, Rdnr. 46.

- Man könnte insoweit auch von ›gegenwärtiger Prozessgeschichte‹ sprechen.
- Abgeschlossene Vorgänge, die sich erst im Laufe des Verfahrens ereignet haben und die darüber hinaus für die Entscheidung noch von Bedeutung sind, werden als Prozessgeschichte bezeichnet; Diese Ereignisse des laufenden Verfahrens werden im *Perfekt* dargestellt.⁶³²
- **Aufbau des Tatbestands**
 - Im Wesentlichen orientiert sich der Aufbau an den Stationen des Relationsgutachtens.
 - Sachstand und Streitstand sollten strikt getrennt werden; Einschübe können überlesen werden.⁶³³
 - Im Streitstand muss sauber zwischen Tatsachenbehauptungen und Rechtsansichten differenziert werden. Dadurch wird deutlich, was gegebenenfalls eines Beweises bedarf.⁶³⁴ Soweit der Beklagte Zulässigkeitsrügen erhebt, sind diese im Hinblick auf eventuell einschlägige gesetzliche Ausschlussvorschriften eindeutig hervorzuheben.
 - Die Prozessgeschichte ist kein ›Block‹, der an einer festen Stelle im Tatbestand zu erörtern wäre. Auch hier gilt: Klartext schreiben.
 - Selbstständige Einreden können weiteren Vortrag des Beklagten und eine Erwiderung des Klägers erforderlich machen.
 - Bezugnahmen müssen stets konkret erfolgen.
 - Bei mehreren Anträgen und erst recht bei mehreren Klägern bzw. Beklagten muss sauber differenziert werden, wer was beantragt und wer was dazu vorbringt.
- **Inhalt Sachstand**
 - »Als Schwerpunkt ist das im Sachstand darzustellen, was später in den Entscheidungsgründen ausführlich erörtert wird; was

⁶³² Vgl. Schuschke/Kessen/Höltje, Zivilrechtliche Arbeitstechnik im Assessorexamen, 35. Aufl. (2013), S. 219, Rdnr. 506.

⁶³³ Schuschke/Sattelmacher/Sirp, Bericht, Gutachten und Urteil, 34. Aufl. (2008), S. 274, Rdnr. 516.

⁶³⁴ Vgl. Schuschke/Sattelmacher/Sirp, a. a. O., S. 273, Rdnr. 516.

nur »abgehakt« wird, kann bei der Darstellung im Sachstand kein Schwerpunkt sein.«⁶³⁵

- »Ein wörtliches Zitat aus der Vorlage muss mit Auslegungsarbeit in den Entscheidungsgründen korrespondieren.«⁶³⁶
- [Wird eine genannte Zahl oder ein genanntes Datum nicht in den Entscheidungsgründen ausgewertet, ist seine Nennung im Sachstand überflüssig und sollte durch einen verbalisierten Zeitbezug ersetzt werden.]⁶³⁷
- **Inhalt Streitstand**
 - [Wenn der Prüfer den Streitstand liest, will er nur noch wissen, welche Anspruchsvoraussetzungen zwischen den Parteien problematisch sind und welche Verteidigung der Bekl neben dem reinen Bestreiten noch zusätzlich einbringt.]⁶³⁸
 - Die innere Ordnung des Streitstands entspricht dem Schwerpunkt von Angriffs- und Verteidigungsmitteln.⁶³⁹
 - *[Interpretierende Darstellung]*
 - Gestaltungsrechte müssen als ausgeübt dargestellt werden.
 - Die Prozessgeschichte vor den Anträgen wird ohne unverständlich.⁶⁴⁰
- **Verkürzungsrepertoire**
 - Zusammenfassung
 - Rechtsbegriffe können klarstellend in (Klammern) eingeführt werden.
 - Verallgemeinerung
 - Verdichtung
 - Auslassung
 - Bezugnahme
 - Fachsprache

⁶³⁵ Puhle, JuS 1989, 203 (206).

⁶³⁶ Ebd.

⁶³⁷ Puhle, a. a. O., 203 (206 f.).

⁶³⁸ Puhle, a. a. O., 203 (207).

⁶³⁹ Vgl. ebd.

⁶⁴⁰ Puhle, a. a. O., 203 (207 f.).

- ¶ Actio/Entäußerung⁶⁴¹
 - ↪ Textdesign⁶⁴²
 - ↪ Schrift/Handschrift!⁶⁴³
 - C-R-A-P of the Doc⁶⁴⁴
 - Contrast⁶⁴⁵
 - Unterschiede zwischen Überschrift und Textschrift in Größe und Art erhöhen die Übersichtlichkeit.
 - Repetition
 - Einheitlichkeit der Formatierung im Rahmen des gesamten Dokuments.
 - In der Klausur:
 - Nach Absatz, die nachfolgende Zeile leicht einrücken.
 - Nach Obersatz mit einleitender Funktion (Ergebnis/Hypothese) eine Zeile freilassen.
 - Vor neuem einleitendem Obersatz zwei Zeilen frei lassen.

⁶⁴¹ Der Bezug zur klassischen Rhetorik erinnert mich hier daran, dass ich andere überzeugen muss. Es gibt aus dieser Sicht keinen Unterschied zwischen der Abgabe einer Klausur, dem Versenden der Klageschrift und dem Abhalten eines juristischen Kurzvortrags.

⁶⁴² Dieser Extern-Verweis zeigt mir an, dass an dieser Stelle alle möglichen Inhalte zur Gestaltung von Texten relevant sind – vor allem *Robbins*, Journal of the Association of Legal Writing Directors, Vol. 2 (2004), 108-150.

⁶⁴³ Hier für der gedankliche Anhaltspunkt, dass das Erscheinungsbild der Klausur wichtig ist. Eine Ermahnung also an mich selbst, an meiner Handschrift zu arbeiten. Dies setzte ich dann mit dem nachfolgenden Buch um: *Sasson/Briem*, Better Handwriting, 4th Ed. (2009).

⁶⁴⁴ Ein wunderbares Merkwort, so derbe. Gestoßen bin ich auf diese Ausführungen zur Gestaltung von Textprodukten bei *Robbins*, Journal of the Association of Legal Writing Directors, Vol. 2 (2004), 108 (126 ff.). Dieser Punkt repräsentiert für mich nicht nur Informationen zur allgemeinen Textgestaltung, sondern darüber hinaus erinnert er mich auch an einen Ausspruch meines Seminarleiters David Pope: »Rhetoric also works on paper!«.

⁶⁴⁵ Vgl. *Robbins*, a. a. O., 108 (127 f.).

- Zwischen Abschnitten der Entscheidungsgründe (Zul, Begr, Nebent) drei Zeilen frei lassen.
 - Einheitliche Prüfungspunkte bilden eine Sinneinheiten und sollten nur mit Absätzen versehen werden.
- *Alignment*⁶⁴⁶
 - Linksbündig formatierter Text ist am einfachsten zu lesen.
- *Proximity*⁶⁴⁷
 - Zusammen, was zusammen gehört: kein Zwischenraum zwischen Überschrift und darauffolgendem Absatz.

⁶⁴⁶ Vgl. *Robbins*, Journal of the Association of Legal Writing Directors, Vol. 2 (2004), 108 (130 f.).

⁶⁴⁷ Vgl. *Robbins*, a. a. O., 108 (128 f.).

Bibliografie

Nachfolgend habe ich zwei Literaturverzeichnisse für Sie aufbereitet. Das erste, konventionelle Verzeichnis bezieht sich auf den Fließtext. Es berücksichtigt den Stand der Literatur zum Zeitpunkt der Abgabe der Dissertation zur Begutachtung im Juli 2017. Das zweite Literaturverzeichnis bezieht sich auf meine Liste. Möchte man sich mit einer reflexiven Praxis auf das Staatsexamen oder den Einstieg in den juristischen Berufsalltag vorbereiten, ist das Literaturverzeichnis zur Liste ein guter Ausgangspunkt für das syntopische Lesen. Das Verzeichnis zur Liste weist zwei Besonderheit auf:

Zum einen werden Sie dort nicht nur die Literatur aufgeführt finden, die ich in meiner Liste zitiert habe, sondern auch Literatur, die ich im Verlauf meiner reflexiven Praxis zwar gelesen habe, die jedoch nicht (mehr) in meiner Liste aufgeführt ist. Manche dieser Inhalte habe ich verworfen, gekürzt oder gar nicht erst in die Liste übertragen. Sie alle haben jedoch die Liste in ihrer jetzigen Gestalt geprägt. Anders ausgedrückt: Das Literaturverzeichnis der Liste enthält sowohl Inhalte, die ich für die Erstellung der Liste *verwendet* habe, als auch solche Inhalte, die ich dafür lediglich *gebraucht* habe. Das Verzeichnis macht es auf diese Weise möglich, dass Sie die Genese der Liste besser nachvollziehen können. Diese »mittelbaren« Quellen habe ich im Verzeichnis in *graue Schrift* gesetzt, so dass sie sich deutlich von den regulären Fundstellen nachweisen abheben.

Zum anderen bildet das Verzeichnis zur Liste den Stand der von mir verwendeten Literatur zum Zeitpunkt meiner Überlegungen im Rahmen meiner reflexiven Praxis bis Januar 2014 ab. Sinn und Zweck der Präsentation meiner Liste ist, mein Arbeitsmittel und seine Entwicklung zu zeigen, nicht einen Überblick über den aktuellen Stand von nützlicher Literatur zu liefern.

Hinsichtlich der von mir zitierten englischsprachigen Lehrbüchern und Monographien sei noch angemerkt, dass ich mich dagegen entschlossen habe, der Vereinheitlichung wegen den englischen Begriff »edition« (etwa: 2nd ed.) mit »Auflage« zu übersetzen. Meiner Ansicht wäre diese Übersetzung unzutreffend, da mit dem Begriff »edition« häufig auch Ausgaben oder Nachdrucke bezeichnet werden.

Literaturverzeichnis des Fließtextes

A

Adler, Mortimer J./van Doren, Charles, How to Read a Book. The Classic Guide to Intelligent Reading, New York 1972.

Aicher, Otl, analog und digital, 2. Aufl., Berlin 2015.

— *Die Küche zum Kochen. Werkstatt einer neuen Lebenskultur*, 4. Aufl., Freiburg 2016.

Alexy, Robert, Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, 3. Aufl., Frankfurt am Main 1996.

Anders, Günther, Die Antiquiertheit des Menschen 2. Über die Zerstörung des Lebens im Zeitalter der dritten industriellen Revolution, 4. Aufl., München 2014.

Argyris, Chris, Teaching Smart People how to Learn. Harvard Business Review Classics, Boston, 2008.

— */Schön, Donald A.*, Theory in Practice. Increasing Professional Effectiveness, San Francisco 1974.

Aristoteles, Rhetorik. Übersetzt und herausgegeben von Gernot Krapinger, Stuttgart 2007.

Arzt, Gunther, Die Strafrechtsklausur, 7. Aufl., München 2006.

B

Bamberger, Jeanne/Schön, Donald S., Learning as Reflective Conversation with Materials, in: *Steier* (Ed.), Research and Reflexivity. Inquiries in Social Construction, London 1991, S. 186-209.

Barry, Lynda, Syllabus. Notes From an Accidental Professor, Montreal 2014.

Bastian, Jasmin/Groß, Lena, Lerntechniken und Wissensmanagement. Wissen erwerben, speichern und verwerten, Wien 2012.

Baumbach, Adolf/Hopt, Klaus J./Merkt, Hanno, HGB, Handelsgesetzbuch. Mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), 36. Aufl., München 2014 (zitiert: *Baumbach/Hopt/Bearbeiter*, HGB, 36. Aufl. (2014) § *, Rdnr. *).

Bender, Rolf/Nack, Armin/Treuer, Wolf-Dieter, Tatsachenfeststellung vor Gericht. Glaubwürdigkeits- und Beweislehre. Vernehmungslehre, 3. Aufl., München 2009.

Benjamin, Walter, Einbahnstraße, Frankfurt am Main 1955.

— Gesammelte Schriften. Herausgegeben von Rolf Tiedemann und Hermann Schwepenhäuser, Band I (II), Frankfurt am Main 1991.

Berliner, Paul F., Thinking in Jazz. The Infinite Art of Improvisation, Chicago 1994.

Berthoff, Ann E., Dialectical Notebooks and the Audit of Meaning, in: *Fulwiler, Toby* (Hrsg.), The Journal Book, Portsmouth 1987, S. 11-18.

Blair, Ann, Note Taking as an Art of Transmission, Critical Inquiry, Vol. 31, No. 1 (2004), 85-107.

Bolton, Gillie, Reflective Practice. Writing and Professional Development, 4th ed., London 2014.

— Stories at work: fictional-critical writing as a means of professional development, British Educational Research Journal, Vol. 20, No. 1 (1994), 55-68.

Bonaccio, Silvia/Dalal, Reeshad S., Advice taking and decision making: An integrative literature review, and implications for the organizational sciences, Organizational Behavior and Human Decision Processes, Vol. 101 (2006), 127-151.

Bourdain, Anthony/Meirelles, José de/Lajaunie, Philippe, Les Halles Cookbook. Strategies, Recipes, and Techniques of Classic Bistro Cooking, London 2004.

Bräuer, Gerd, Das Portfolio als Reflexionsmedium für Lehrende und Studierende, Opladen 2014 (zitiert: *Bräuer*, Das Portfolio als Reflexionsmedium, 2014, Seitenzahl).

Breithaupt, Fritz, Kultur der Ausrede, Berlin 2012.

— Kulturen der Empathie, 3. Aufl., Frankfurt am Main 2012.

Bröckling, Ulrich, Das unternehmerische Selbst. Soziologie einer Subjektivierungsform, 5. Aufl., Frankfurt am Main 2013.

Bruner, Jerome, Making Stories. Law, Literature, Life, Cambridge/Mass., 2002.

Buijze, Geert A./Sierevelt, Inger N./van der Heijden, Bas C. J. M./Dijkgraaf, Marcel G./Frings-Dresen, Monique H. W., The Effect of Cold Showering on Health and Work: A Randomized Controlled Trial, PLoS ONE, Vol. 11 No. 9 (2016), 1-15, abrufbar im Internet: <<http://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0161749>>, zuletzt abgerufen am 15. April 2017).

Bull, Hans Peter, Irrtümer über die Juristenausbildung, ZRP 2000, 425-428.

Bundesamt für Justiz, Ausbildungsstatistik zur Juristischen Prüfung im Jahre 2015, Stand: 21. Oktober 2016, abrufbar im Internet: <https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/Justizstatistik/Juristen/Ausbildung_node.html;jsessionid=F294C00F461491C37054D500EC8A0100.2_cid386>, zuletzt abgerufen am 24. April 2017.

C

Cialdini, Robert B., Influence. Science and Practice, 5th ed., Boston 2009.

Clark, Ruth Colvin, Building Expertise. Cognitive Methods for Training and Performance Improvement, 3rd ed., San Francisco 2008.

Colomb, Gregory G./Griffin, June Anne, Coherence On an Off the Page: What Writers Can Know about Writing Coherently, New Literary History, Vol. 35 (2004), S. 273-301.

Collins, Harry/Evans, Robert, Rethinking Expertise, Chicago 2007.

Conklin, Jeff, Dialogue Mapping. Building Shared Understanding of Wicked Problems, Chichester 2006.

Cossart, Edgar von, Story Tells, Story Sells. Wie dramatische Geschichten funktionieren, 2. Aufl., Bergisch Gladbach 2015.

Crandall, Beth/Klein, Gary/Hoffman, Robert R., Working Minds. A Practitioner's Guide to Cognitive Task Analysis, Massachusetts 2006.

Csikszentmihalyi, Mihaly/Jackson, Susan A., Flow im Sport. Der Schlüssel zur optimalen Erfahrung und Leistung, München 2000.

D

Davies, Martin, Concept mapping, mind mapping and argument mapping: what are the differences and do they matter?, Higher Education, Vol. 62 (2011), 279-301.

Derrida, Jacques, Gesetzeskraft. Der »mystische Grund der Autorität«, 7. Aufl., Frankfurt am Main 2014.

Dewey, John, How we Think, reprint, New York 1997 (1st ed., Boston 1910).

Dittes, Frank-Michael, Komplexität. Warum die Bahn nie pünktlich ist, Berlin/Heidelberg 2012.

Dreyfűrst, Stephanie/Sennewald, Nadja (Hrsg.), Schreiben. Grundlagentexte zur Theorie, Didaktik und Beratung, Opladen und Toronto 2014.

Dudenredaktion (Hrsg.), Duden. Das Fremdwörterlexikon, 10. Aufl., Mannheim 2010.

Duggan, William, Strategic Intuition. The Creative Spark in Human Achievement, New York 2013.

Dunlosky, John/Metcalfe Janet, Metacognition. A Textbook for Cognitive, Educational, Life Span & Applied Psychology, Thousand Oaks 2001.

Dworkin, Ronald, Gerechtigkeit für Igel, Berlin 2012.

E

Eco, Umberto, Wie man eine wissenschaftliche Abschlußarbeit schreibt. Doktor-, Diplom- und Magisterarbeit in den Geistes- und Sozialwissenschaften, 13. Aufl., Wien 2010.

Ekman, Paul, *Emotions Revealed. Recognizing Faces and Feelings to Improve Communication and Emotional Life*, New York 2003.

Elbow, Peter, *The Music of Form: Rethinking Organization in Writing*, *College Composition and Communication*, Vol. 57, No. 4 (2006), S. 620-666.

— *The War Between Reading and Writing. And how to end It*, *Rhetoric Review*, Vol. 12 (1993), S. 5-24.

— *Writing First!*, *Educational Leadership*, October 2004, S. 8-13.

— *Writing with Power. Techniques for Mastering the Writing Process*, 2nd ed., Oxford/New York 1998.

Ellul, Jacques, *The Technological System*, New York 1980.

Emrich, Hinderk M., *Schreib-Partikel und ihre allmähliche Verfertigung*, in: *Narr, Wolf-Dieter/Stary, Joachim* (Hrsg.), *Die Lust und Last des wissenschaftlichen Schreibens. Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer geben Studierenden Tips*, Frankfurt am Main 1999, S. 54-60.

Engisch, Karl, *Einführung in das juristische Denken*, hrsg. v. *Würtenberger, Otto*, 11. Aufl., Stuttgart 2010.

— *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3. Aufl., Heidelberg 1963.

Esser, Josef, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt am Main 1972.

F

Fahl, Christian, *Bemerkungen zum Urteilsstil*, *Jus* 1996, 30 ff., *Jus* 1996, 280.

Favre-Bulle, Bernard, *Information und Zusammenhang: Informationsfluß in Prozessen der Wahrnehmung, des Denkens und der Kommunikation*, Wien 2001.

Fiedler, Maria, *Das geht auch automatisch. Welche Jobs künftig von Maschinen erledigt werden*, *SZ* vom 30./31. August 2014, 73.

Fisher, Roger/Ury, William/Patton, Bruce, Getting to Yes-Negotiating Agreement Without Giving In, 3. ed., New York 2011.

Flower, Linda/Hayes, John R., A Cognitive Theory of Writing, College Composition and Communication, Vol. 32, No. 4 (1981), 365-387.

— Problem-Solving Strategies and the Writing Process, College English, Vol. 39, No. 4 (1977), 449-461.

Flusser, Vilém, Die Geste des Schreibens, in: *Zanetti, Sandro* (Hrsg.), Schreiben als Kulturtechnik. Grundlagentexte, Berlin 2012 S. 261-268.

Foerster, Heinz von, Wissen und Gewissen. Versuch einer Brücke (Herausgeben von Siegfried J Schmidt), Frankfurt am Main 1993.

Forster, Peter, Fragen der Klausurtechnik, JuS 1992, 234-240.

Frank, Christoph, Im Interview mit *Prantl, Heribert*, »Eines Rechtsstaats nicht würdig«. Christoph Frank, scheidender Vorsitzender des Deutschen Richterbunds, über Sparkurs und Personalmangel in der Justiz, SZ vom 26. April 2016, Nr. 96, S. 6.

Freire, Paulo, Pädagogik der Unterdrückten, Stuttgart 1970.

Fugmann, Robert, Das Buchregister. Methodische Grundlagen und praktische Anwendungen, Frankfurt am Main 2006.

G

Gallagher, Shaun/Zahavi, Dan, The Phenomenological Mind, 2nd ed., Abingdon 2012.

Goethe, Johann Wolfgang, Sprüche in Prosa. Sämtliche Maximen und Reflexionen, herausgegeben von Harald Fricke, Frankfurt am Main 2005 (zitiert: *Goethe*, Sprüche in Prosa, 2005, Seitenzahl, Ordnungsziffer).

Golman, Russell/Hagmann, David/Loewenstein, George, Information Avoidance, Journal of Economic Literature, Vol. 55 No. 1 (2017), 96-135.

Goody, Jack, Woraus besteht eine Liste, in: *Zanetti, Sandro* (Hrsg.), Schreiben als Kulturtechnik. Grundlagentexte, Berlin 2012 S. 338-396.

— *The domestication of the savage mind*, Cambridge/UK 1977.

Gréssillon, Almuth, Über die allmähliche Verfertigung von Texten beim Schreiben, in: *Zanetti, Sandro* (Hrsg.), Schreiben als Kulturtechnik, Berlin 2012, S. 152-186.

Gülke, Peter, »...immer das Ganze vor Augen.«. Studien zu Beethoven, Stuttgart 2000.

H

Haft, Fritjof, Juristische Rhetorik, 8. Aufl., München 2009.

— Juristische Schreibschule. Anleitung zum strukturierten Schreiben, München 2009.

Halliday, David/Resnick, Robert/Walker, Jearl, Physik, 2. Aufl., Weinheim 2009.

Haskell, Robert E., Transfer of Learning. Cognition, Instruction, and Reasoning, San Diego 2001.

Hasler Roumois, Ursula, Studienbuch Wissensmanagement, 3. Aufl., Zürich 2013.

Hassemer, Winfried, Gesetzesbindung und Methodenlehre, ZRP 2007, 213-219.

— Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik, in: *Müller-Dietz, Heinz/Müller, Egon/Kunz, Karl-Ludwig/Radtke, Henning/Britz, Guido/Momsen, Carsten/Koriath, Heinz* (Hrsg.), Festschrift für Heike Jung. Zum 65. Geburtstag am 23. April 2007, Baden-Baden 2007, S. 231-259.

Hesse, Hermann, Das Glasperlenspiel. Versuch einer Lebensbeschreibung des Magisters Ludi Josef Knecht samt Knechts hinterlassenen Schriften herausgegeben von Hermann Hesse, Ungekürzte Sonderausgabe, Zürich 1963.

Heussen, Benno, Time-Management für Anwälte. Selbstorganisation und Arbeitstechniken, 4. Aufl., München 2014.

Hirsch Günther/Gerhardt, Rudolf, Wer nur das Recht versteht, versteht auch das nicht recht, ZRP 2013, 188.

Hoch, Stephen J./Loewenstein, George F., Time-inconsistent Preferences and Consumer Self-Control, Journal of Consumer Research, Vol. 17 (1991), 492-507.

Hoffmann, Christoph, Wie Lesen? Das Notizbuch als Bühne der Forschung, in: *Griesecke, Birgit* (Hrsg.), Werkstätten des Möglichen 1930-1936. L. Fleck, E. Husserl, R. Musil, L. Wittgenstein. Studien zur Kulturpoetik, Band 112, Würzburg 2008, S. 45-58.

Hofstadter, Douglas R., Gödel Escher Bach. Ein Endloses Geflochtenes Band, 14. Auf., München 2013.

Holt, John, How Children Fail, 2nd ed., London 1982.

Horn, Nobert, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, 4. Aufl., Heidelberg 2007.

Hufen, Friedhelm, Selbst Denken – Ein Grundprinzip für Staat und Studium, JuS 2013, 1-7.

Husserl, Edmund, Zur Phänomenologie des inneren Zeitbewusstseins, Herausgegeben von Rudolf Bernet, Hamburg 2013.

I

—

J

James, William, Pragmatismus. Ein neuer Name für alte Denkmethode. Übersetzt von Wilhelm Jerusalem, Leipzig 1908.

—The Principles of Psychology. In Two Volumes, New York 1890.

Janisch, Wolfgang, Fehltritte in Deutschland, S.Z. vom 16./17. Mai 2015, online zugänglich unter: <<http://www.sueddeutsche.de/politik/fehlurteile-ohne-jeden-zweifel-1.2479505>>; letzter Aufruf am: 22. Mai 2017.

Jeschke, Sabina/Jakobs, Eva-Maria/Dröge, Alicia (Hrsg.), *Exploring Uncertainty. Ungewissheit und Unsicherheit im interdisziplinären Diskurs*, Wiesbaden 2013.

Jonas, Hans, *Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Frankfurt am Main 1984.

Jochum, Uwe, *Medienkörper. Wandmedien Handmedien Digitalia*, Göttingen 2014.

K

Kahnemann, Daniel, *Thinking, Fast and Slow*, London 2011.

Kant, Immanuel, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie so richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, in: *Weischedel, Wilhelm* (Hrsg.), *Kant. Werke XI. Schriften zur Anthropologie, Geschichtsphilosophie, Politik und Pädagogik I*, Frankfurt am Main 1964, (zitiert: *Kant, Schriften zur Anthropologie, Geschichtsphilosophie, Politik und Pädagogik I*, 1964, Seitenzahl).

Keilmann, Annette, *The Einheitsjurist: A German Phenomenon*, *German Law Journal*, Vol. 7, No. 3 (2006), 293-312.

Kelly, Kevin, *What Technology Wants*, New York, 2010.

Kern, Andrea, *Quellen des Wissens. Zum Begriff vernünftiger Erkenntnisfähigkeit*, Frankfurt am Main 2006.

King, Stephen, *On Writing. A Memoir of the Craft. Tenth Anniversary Edition*, New York 2010.

Klein, Gary, *Sources of Power*, Massachusetts 1999.

Korobkin, Russell B./Ulen Thomas S., *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, *California Law Review*, Vol. 88, No. 4 (2000), 1051-1144.

Korunka, Christina/Kubicek, Bettina, *Beschleunigung im Arbeitsleben. Neue Anforderungen und deren Folgen*, in: *Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin/Junghanns*,

Gisa/Morschhäuser, Martina (Hrsg.), Immer schneller, immer mehr. Psychische Belastung bei Wissens- und Dienstleistungsarbeit, Wiesbaden 2013, S. 17-40.

Kranzberg, Melvin, Technology and History: »Kranzberg's Laws«, Technology and Culture, Vol. 27, No. 3 (1986), 544-560.

Krauthausen, Karin, Vom Nutzen des Notierens. Verfahren des Entwurfts, in: *Krauthausen, Karin/Nasim, Omar W.* (Hrsg.), Notieren, Skizzieren. Schreiben und Zeichnen als Verfahren des Entwurfts, Zürich 2010, S. 7-26.

Krippendorf, Ekkehart, Schreiben – mit Papier und Kugelschreiber, in: *Narr, Wolf-Dieter/Stary, Joachim* (Hrsg.), Die Lust und Last des wissenschaftlichen Schreibens. Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer geben Studierenden Tips, Frankfurt am Main 1999, S. 27-35.

Kruger, Justin/Dunning, David, Unskilled and Unaware of It: How Difficulties in Recognizing One's Own Incompetence Lead to Inflated Self-Assessments, Journal of Personality and Social Psychology, Vol. 77 No. 6 (1999), 1121-1134.

Kuhn, Thomas S., Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen, 23. Aufl., Frankfurt am Main 2012.

L

Lagodny, Otto, Gesetzestext suchen, verstehen und in der Klausur anwenden. Eine praxisorientierte Anleitung für rechtswissenschaftliches Arbeiten im Strafrecht, Öffentliches Recht, Zivilrecht, 2. Aufl., Heidelberg 2013.

Lenk, Hans, Konkrete Humanität. Vorlesungen über Verantwortung und Menschlichkeit, Frankfurt am Main 1998.

Leroi-Gourhan, André, Hand und Wort. Die Evolution von Technik, Sprache und Kunst, Frankfurt am Main 1988.

Leroy, Sophie, Why is it so hard to do my work? The challenge of attention residue when switching between work tasks, Organizational Behavior and Human Decision Processes, Vol. 109 (2009), 168–181.

Lindjen, Constantin van, Im Namen der Eile, *Die Zeit* vom 4. Februar 2016, Nr. 6, S. 10.

Llewellyn, Karl N., My Philosophy of Law (Auszug aus *Llewellyn, My Philosophy of Law*, Boston 1940, 183-197), in: *Freeman, Michael D. A.* (Hrsg.), *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, 8th ed., London 2010, S. 1015-1021.

— The Normative, the Legal, and the Law-Jobs: The Problems of Juristic Method, *The Yale Law Journal*, Vol. 49, No. 8 (1940), 1355-1400.

Lloyd, Seth, Measures of Complexity. A non Exhaustive List, *IEEE Control Systems Magazine*, Vol. 21, No. 4 (2001), 7-8.

Locke, John, *New Method of Making Common-Place-Books*, London 1706.

Luhmann, Niklas, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1995.

— Die Knappheit der Zeit und die Vordringlichkeit des Befristeten, *Die Verwaltung. Zeitschrift für Verwaltungswissenschaften* 1968, Band 1, S. 3-30.

— *Kontingenz und Recht*, Berlin 2013.

— *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, 15. Aufl., Frankfurt am Main 2012.

— *Universität als Milieu*, Bielefeld 1992.

Lukrez, Von der Natur der Dinge. Übersetzt von Carl Ludwig von Knebel, Leipzig 1821.

M

Mach, Ernst, *Erkenntnis und Irrtum. Skizzen zur Psychologie der Forschung*, 2. Aufl., Leipzig 1906.

Mainzer, Klaus, *Die Berechnung der Welt. Von der Weltformel zu Big Data*, München 2014.

Miller, George A./Galanter, Eugene/Pribram, Karl H., *Plans and the Structure of Behavior*, New York 1960.

Mitchell, Sandra, Komplexitäten. Warum wir erst anfangen, die Welt zu verstehen, Frankfurt am Main 2008.

Mittelstraß, Jürgen, Der Flug der Eule. Von der Vernunft der Wissenschaft und der Aufgabe der Philosophie, 2. Aufl., Frankfurt am Main 2007.

Morley, Ian, The Devil's Advocate. A short polemic on how to be seriously good in court, 2nd ed., London 2009.

Morozov, Evgeny, To Save Everything, Click Here. Technology, Solutionism and the Urge to Fix Problems That Don't Exist, London 2013.

Müller-Mall, Sabine, Performative Rechtserzeugung. Eine theoretische Annäherung, Weilerswist 2012.

Mulcahy, Linda, Architects of Justice. The Politics of Courtroom Design, Social & Legal Studies Vol. 16, No. 3 (2007), 383-403.

N

Neiryneck, Jacques, Der göttliche Ingenieur. Die Evolution der Technik, 8. Aufl., Renningen 2014.

Nonaka, Ikujiro/Takeuchi, Hriotaka, Die Organisation des Wissens. Wie japanische Unternehmen eine brachliegende Ressource nutzbar machen, 2. Aufl., Frankfurt am Main 2012.

Norman, Donald A., Living with Complexity, Cambridge/Massachusetts 2011.

Novak, Joseph D./Gowin, D. Bob, Learning how to Learn, 23rd ed. , New York 2008.

Novak, Joseph D., Learning, Creating, and Using Knowledge. Concept Maps as Facilitative Tools in Schools and Cooperations, 2nd Ed., New York 2010.

Nowotny, Helga, Eigenzeit. Entstehung und Strukturierung eines Zeitgefühls, Frankfurt am Main 1993.

Nyberg, David, The Varnished Truth. Truth Telling and Deceiving in Ordinary Life, Chicago 1995.

O

Oberheim, Rainer, Zivilprozessrecht für Referendare, 11. Aufl., München 2016.

Olson, David R., The world on paper. The conceptual and cognitive implications of writing and reading, Cambridge/UK 1994.

Ortheil, Hanns-Josef, Schreiben dicht am Leben. Notieren und Skizzieren, Berlin 2012.

Ortmann, Günther, Schmuddelkinder der Logik. Paradoxien des Organisierens, Berliner Debatte Initial, Band 15 (2004), 18-27.

Orvell, Ariana/Kross, Ethan/Gelman, Susan A., How »you« makes meaning, Science, Vol. 355 (2017), 1299-1302.

P

Page, Scott E., Diversity and Complexity, Princeton/New Jersey 2011.

Pavčnik, Marijan, Juristisches Verstehen und Entscheiden. Vom Lebenssachverhalt zur Rechtsentscheidung. Ein Beitrag zur Argumentation im Recht, Wien 1993.

Pfaff, Holger, Optionsstress und Zeitdruck, in: *Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin/Junghanns, Gisa/Morschhäuser, Martina* (Hrsg.), Immer schneller, immer mehr. Pyschische Belastung bei Wissens- und Dienstleistungsarbeit, Wiesbaden 2013, S. 113-144.

Platon, Apologie des Sokrates. Herausgegeben von Manfred Fuhrmann, Stuttgart 1986.

Polanyi, Michael, The Tacit Dimension, Chicago 2009 (1st ed., London 1966).

Pronin, Emily, How We See Ourselves and How We See Others, Science, Vol. 320 (2008), 1177-1180.

Puhle, Stefan, Dreizehn Schritte zur Klausur, JuS 1987, 41-47.

Q

Queneau, Raymond, Stilübungen. Übersetzt von Ludwig Harig und Eugen Helmlé, 4. Aufl., Frankfurt am Main 2014.

Quintilianus, Marcus Fabius, Ausbildung des Redners. Zwölf Bücher. Lateinisch und deutsch. Herausgegeben und übersetzt von Helmut Rahn, 6. Aufl., Darmstadt 2015 (zitiert: *Quintilianus*, Ausbildung des Redners, Buch, Seitenzahl, Ziffer).

R

Reuß, Roland, »Die perfekte Lesemaschine«. Zur Ergonomie des Buches, Göttingen 2014.

Richta, Radovan, Zivilisation am Scheideweg (Richta-Report). Soziale und menschliche Zusammenhänge der wissenschaftlich-technischen Revolution, 2. Aufl, Prag 1968.

Rifkin, Jeremy/ Howard, Ted, Entropy. Into the Greenhouse World, New York 1989.

Rittel, Horst W./Webber, Melvin M., Dilemmas in a General Theory of Planning, Policy Sciences, No. 4 (1973), 155-169.

Robbins, Ruth Anne, Painting with print: Incorporating concepts of typographic and layout design into the text of legal writing documents, Journal of the Association of Legal Writing Directors, Vol. 2 (2004), 108-150.

Robbins-Tiscione, Kristen K., Rhetoric for Legal Writers. The Theory and Practice of Analysis and Persuasion, Minnesota 2009.

Röhl, Klaus F./Röhl, Hans Christian, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl., Köln 2008.

Rolfe, Gary, Rethinking reflective education: What would Dewey have done?, Nurse Education Today, Vol. 34 (2014), 1179-1183.

Rosa, Hartmut, Beschleunigung. Die Veränderung der Zeitstrukturen in der Moderne, 10. Aufl., Frankfurt am Main 2014.

— Weltbeziehung im Zeitalter der Beschleunigung. Umriss einer neuen Gesellschaftskritik, 2. Aufl., Frankfurt am Main 2013.

Rüthers, Bernd, Gesetzesbindung oder freie Methodenwahl? Hypothesen zu einer Diskussion, ZRP 2008, 48-51.

— *Fischer, Christian/Birk, Axel*, Rechtstheorie. Mit juristischer Methodenlehre, 8. Aufl., München 2015.

— Richter ohne Grenzen, FAZ vom 17. Juni 2010, S. 7.

S

Scheuermann, Ulrike, Schreibdenken. Schreiben als Denk- und Lernwerkzeug nutzen und vermitteln, 2. Aufl., Opladen und Toronto 2013.

Schischkoff, Georgi (Hrsg.), Philosophisches Wörterbuch, 22. Aufl., Stuttgart 1991.

Scaife, Joyce, Supervising the Reflective Practitioner. An essential guide to theory and practice, Sussex 2010.

Schön, Donald A., Educating the Reflective Legal Practitioner, Clinical Law Review, Vol. 2, 1995-1996, 231-250.

— The Reflective Practitioner. How Professionals Think in Action, New York 1983.

— Educating the Reflective Practitioner. Toward a New Design for Teaching and Learning in the Professions, San Francisco 1987.

Schünemann, Bernd, Der Richter im Strafverfahren als manipulierter Dritter? Zur empirischen Bestätigung von Perseveranz- und Schulterschlußeffekt, StV 2000, Heft 3, 159-165.

Schulz, Kathryn, Being Wrong. Adventures in the Margin of Error, New York 2010.

Shahn, Ben, The Shape of Content. The Charles Eliot Norton Lectures 1956-1957, 5th ed., Cambridge/Massachusetts 1972.

Shefrin, Hersch M./Thaler, Richard H., The Behavioral Life-Cycle Hypothesis, Economic Inquiry, Vol. 26 No. 4 (1988), 609-643.

Sigrist, Stefan, Denken im Nebel, in: in: W.I.R.E. - Think Tank für Wirtschaft, Gesellschaft und Life Sciences (Hrsg.), Das große Rauschen. Warum die Datengesellschaft mehr Menschenverstand braucht, Zürich 2013, S. 106-115.

Schlieffen, Katharina von, Das Enthymem. Ein Modell juristischen Begründens, Rechtstheorie Band 42 (2011), 601-619.

— Recht rhetorisch gesehen, JA 2013, 1-7.

Schünemann, Bernd, Der Richter im Strafverfahren als manipulierter Dritter? Zur empirischen Bestätigung von Perseveranz- und Schulterschlußeffekt, StV 2000, Heft 3, 159-165.

Somek, Alexander, Rechtliches Wissen, Frankfurt am Main 2006.

Staudinger BGB, Eckpfeiler des Zivilrechts 2014/2015, Berlin 2014 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Staudinger/Eckpfeiler 2014/2015, Seitenzahl, Kapitel, Randnummer).

Struck, Gerhard, Topische Jurisprudenz. Argument und Gemeinplatz in der juristischen Arbeit, Frankfurt am Main 1971.

Susskind, Richard, The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services, Oxford 2010.

— Tomorrow's Lawyers. An Introduction to Your Future, Oxford 2013.

T

Taleb, Nassim Nicholas, The Black Swan. The Impact of the Highly Improbable, 2nd Ed., London 2010.

Tomasello, Michael, Die Ursprünge der menschlichen Kommunikation, 3. Aufl., Frankfurt am Main 2014.

Toulmin, Stephen, Kritik der Kollektiven Vernunft, Frankfurt am Main 1983.

Turkle, Shelly, Alone Together. Why We Expect More From Technology and Less From Each Other, New York 2011.

— Reclaiming Conversations. The Power of Talk in a Digital Age, New York 2015.

U

—

V

—

W

Waitzkin, Josh, The Art of Learning. An Inner Journey to Optimal Performance, New York 2008.

Walter, Tonio, Kleine Rhetorikschule für Juristen, München 2009.

Watzlawick, Paul/Weakland, John H./Fisch, Richard, Lösungen. Zur Theorie und Praxis des menschlichen Wandels, 8. Aufl., Bern 2013.

Weick, Karl E., Der Prozeß des Organisierens, Frankfurt am Main, 1995.

Whitehead, Alfred North/Russel, Bertrand, Principa Mathematica - Vol. I, 2nd Ed., Cambridge/UK 1963.

Wiesing, Lambert, Sehen lassen. Die Praxis des Zeigens, 2. Aufl., Frankfurt am Main 2013.

Wimmer, Andreas, Klausurtipps für das Assessorexamen. Wegweiser zu einer optimalen Klausurtechnik, 4. Aufl., München 2009.

Wittgenstein, Ludwig, Tractatus logico-philosophicus. Logisch-philosophische Abhandlung, 34. Aufl., Frankfurt am Main 2013.

X

—

Y

Yankah, Ekow, The Force of Law: The Role of Coercion in Legal Norms, University of Richmond Law Review, Vol. 42 (2008), 1195-1255.

Yates, Frances A., Gedächtnis und Erinnern. Mnemonik von Aristoteles bis Shakespeare, 7. Aufl., Berlin 2012.

Z

Zippelius, Reinhold, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl., München 2012.

Literaturverzeichnis zur Liste

A

Albers, Marion, Gleichheit und Verhältnismäßigkeit, JuS 2008, 945-947.

Alexy, Robert, Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, 3. Aufl., Frankfurt am Main 1996.

Anders, Monika/Gehle, Burkhard, Das Assessorexamen im Zivilrecht, 10. Aufl., München 2010.

Arzt, Gunther, Die Strafrechtsklausur, 7. Aufl., München 2006.

B

Baer, Susanne, Rechtssoziologie. Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung, Baden-Baden 2005.

Baumann, Max, Weg vom Text. Oder: Pläydoyer für einen breiteren Weg vom Text zum Verstehen, in: *Lerch, Kent D.* (Hrsg.), Die Sprache des Rechts, 3. Band: Strukturen, Formen und Medien der Kommunikation im Recht, Berlin 2005, 1-22.

Baumbach, Adolf/Hopt, Klaus J./Merkt, Hanno, HGB, Handelsgesetzbuch. Mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), 34. Aufl., München 2010.

Baumfalk, Walter, Die Arbeit am Sachverhalt in der zivilrechtlichen Klausur des Assessorexamens, JA-Übungsblätter 1984, Heft 4, 72-80.

Bastian, Jasmin/Groß, Lena, Lerntechniken und Wissensmanagement. Wissen erwerben, speichern und verwerten, Wien 2012.

Bender, Rolf/Nack, Armin/Treuer, Wolf-Dieter, Tatsachenfeststellung vor Gericht. Glaubwürdigkeits- und Beweislehre. Vernehmungslehre, 3. Aufl., München 2009.

Breßler, Steffen/Cichy, Patrick, Die Mandantenbesprechung, Jus 2006, 975-979.

Brooks, David, The Social Animal. A Story of How Success Happens, London 2011.

C

Cialdini, Robert B., Influence. Science and Practice, 5th ed., Boston 2009.

D

Danger, Jörg, Urteil und Urteilsstil in der zivilrechtlichen Assessorklausur: Eine praktische Hilfestellung, JA 2005, 523-528.

Danziger, Shai/Levav, Jonathan/Avnaim-Pesso, Liora, Extraneous factors in judicial decisions, Proceedings of the National Academy of Sciences, Vol. 108, No. 17 (2011), 6889-6892.

Diercks-Harms, Kerstin, Zweckmäßigkeit und Prozesstaktik in der zivilrechtlichen Anwaltsklausur, JA 2005, 440-446.

Dudenredaktion (Hrsg.), Duden. Die Grammatik, 8. Aufl., Mannheim 2009.

E

Ekman, Paul, Emotions Revealed. Recognizing Faces and Feelings to Improve Communication and Emotional Life, New York 2003.

Elzer, Oliver/Lemmel, Ulrike/Schiller, Gernot/Westphal, Karsten/Zivier, Ezra, Sicher durch das 2. Staatsexamen, München 2010.

Engelbrecht, Kai, Obersätze der Begründetheitsprüfung in der verwaltungsrechtlichen Klausur, JA 2006, 789-793.

Engisch, Karl, Einführung in das juristische Denken. Herausgegeben von Otto Württenberger, 11. Aufl., Stuttgart 2010.

F

Fahl, Christian, 10 Tipps zum Schreiben von (nicht nur) strafrechtlichen Klausuren und Hausarbeiten, JA 2008, 350-357.

— Bemerkungen zum Urteilsstil. Zu Wolf, Jus 1996, 30 ff., Jus 1996, 280.

Felder, Ekkehard, Alltagsweltliche und juristische Wirklichkeitskonstitution im Modell der »Juristischen Textarbeit«. Ein sprachhandlungstheoretischer Beitrag zur Kommunikation im Recht, in: *Lerch, Kent D.* (Hrsg.), Die Sprache des Rechts, 3. Band: Strukturen, Formen und Medien der Kommunikation im Recht, Berlin 2005, 133-168.

Finger, Thorsten, Aufbau und Tenorierung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen, JA 2008, 635-644.

Fisher, Roger/Ury, William/Patton, Bruce, Getting to Yes-Negotiating Agreement Without Giving In, 3. ed., New York 2011.

Fleck, Wolfgang/Arnold, Stefan, Die Klausur im Zivilrecht – Struktur, Taktik, Darstellung und Stil, JuS 2009, 881-886.

Forster, Peter, Fragen der Klausurtechnik, JuS 1992, 234-240.

Franck, Jens-Uwe, Zur Verwendung des Konjunktivs für den Lösungsansatz in einem Gutachten, JuS 2004, 174-176.

Frenz, Walter, Öffentliches Recht. Eine nach Anspruchszielen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung, 5. Aufl., München 2005.

G

—

H

Haft, Fritjof, Juristische Rhetorik, 8. Aufl., München 2009.

— Juristische Schreibschule. Anleitung zum strukturierten Schreiben, München 2009.

Haller, Michael, Recherchieren, 7. Aufl., Konstanz 2008.

Hallinan, Joseph T., Why we Make Mistakes. How we look without seeing, forget things in seconds, and are all pretty sure we are way above average, New York 2009.

Hans, Adrian, ›Cluster als Lösungshilfe‹, JuS 2004, 18-20.

Hassemer, Winfried, Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik, in: *Müller-Dietz, Heinz/Müller, Egon/Kunz, Karl-Ludwig/Radtke, Henning/Britz, Guido/Momsen, Carsten/Koriath, Heinz* (Hrsg.), Festschrift für Heike Jung. Zum 65. Geburtstag am 23. April 2007, Baden-Baden 2007, S. 231-259.

Hombrecher, Lars/Kiefmann, Robert, Der juristische Vermerk. Praktische Hinweise zu Inhalt, Aufbau und Form, JA 2011, 367-369.

Horn, Nobert, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, 4. Aufl., Heidelberg 2007.

Huber, Michael, Grundfragen der Entscheidungsgründe im Zivilurteil, JuS 1987, 213-217 (1. Teil), 296-301 (2. Teil), 464-470 (3. Teil).

Hufen, Friedhelm, Selbst Denken – Ein Grundprinzip für Staat und Studium, JuS 2013, 1-7.

I

–

J

–

K

Kintz, Roland, Öffentliches Recht im Assessorexamen, 8. Aufl., München 2012.

Klamser, Andrea, Die besseren Zivilrechtsklausuren im Zweiten, JA 2014, 526-529.

Klamser, Andrea, Warum haben die Klausuren im Zeiten nicht geklappt?, JA 2013, 206-209.

Körber, Torsten, Zivilrechtliche Fallbearbeitung in Klausur und Praxis, JuS 2008, 289-296.

Korobkin, Russell B./Ulen Thomas S., Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics, California Law Review, Vol. 88, No. 4 (2000), 1051-1144.

Küpperfahrenheit, Jan/Lagardère, Pascal, Bearbeitungshinweise für die Assessorklausur, JA 2008, 286-290.

Kuhn, Thomas, Rechtsfolgenorientierung im Aufbau zivilrechtlicher Gutachtenklausuren, Jus 2008, 956-960.

L

Lagodny, Otto, Gesetzestext suchen, verstehen und in der Klausur anwenden. Eine praxisorientierte Anleitung für rechtswissenschaftliches Arbeiten im Strafrecht, Öffentliches Recht, Zivilrecht, 2. Aufl., Heidelberg 2013.

Leroy, Sophie, Why is it so hard to do my work? The challenge of attention residue when switching between work tasks, Organizational Behavior and Human Decision Processes, Vol. 109 (2009), 168-181.

Leslie, Ian, Born Liars, London 2011.

Liebs, Detlef, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, 2. Aufl., München 1982.

M

Martini, Mario/Finkenzeller, Xaver, Die Abwägungsfehlerlehre, JuS 2012, 126-131.

Medicus, Dieter/Petersen, Jens, Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung, 24. Aufl., München 2013.

Michael, Lothar, Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit – Zur Dogmatik des Über- und Untermaßverbotes und der Gleichheitssätze, JuS 2001, 148-155.

Möllers, Thomas M. J., Rhetorische Fähigkeiten des Juristen – Der Vortrag, JA 2006, 156-159.

Morley, Ian, The Devil's Advocate. A short polemic on how to be seriously good in court, 2nd ed., London 2009.

Mulvany, Nancy C., Indexing Books, 2nd ed., Chicago 2005.

N

Navarro, Joe, What Every Body is Saying, New York 2008.

O

Oberheim, Rainer, Zivilprozessrecht für Referendare, 9. Aufl., München 2012.

Ortmann, Günther, Schmuttelkinder der Logik. Paradoxien des Organisierens, Berliner Debatte Initial, Band 15 (2004), 18-27.

P

Palandt, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, bearb. v. *Bassenge, Peter/Brudermüller, Gerd/Diederichsen, Uwe* u. a., 70. Aufl., München 2011.

Porscher, Ralf/Rusteberg, Benjamin, Die Klausur im Polizeirecht, JuS 2011, 888-893 (1. Teil), JuS 2011, 984-989 (2. Teil), JuS 2011, 1082-1087 (3. Teil), JuS 2012, 26-32 (4. Teil).

Preusche, Burkhard, Zum Tatbestand in der verwaltungsrechtlichen Assessorklausur, JuS 2000, 170-173.

Puhle, Stefan, Der typische Fehler in der Zivilrechtsarbeit, JuS 1989, 203-208 (1. Teil), 466-471 (2. Teil), 549-553 (3. Teil).

— Dreizehn Schritte zur Klausur, JuS 1987, 41-47.

Puppe, Ingeborg, Kleine Schule des juristischen Denkens, 2. Aufl., Göttingen 2011.

Q

—

R

Rehbinder, Manfred, Rechtssoziologie, 7. Aufl., München 2009.

Robbins, Ruth Anne, Painting with print: Incorporating concepts of typographic and layout design into the text of legal writing documents, Journal of the Association of Legal Writing Directors, Vol. 2 (2004), 108-150.

Röhl, Klaus F./Röhl, Hans Christian, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl., Köln 2008.

Rüthers, Bernd/Fischer, Christian, Rechtstheorie. Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts, 5. Aufl., München 2010.

S

Sasson, Rosmary/Briem G Se, Better Handwriting, 4th Ed., London 2009.

Schlieffen, Katharina von, Das Enthymem. Ein Modell juristischen Begründens, Rechtstheorie Band 42 (2011), 601-619.

— Recht rhetorisch gesehen, JA 2013, 1-7.

Schmidt, Eike, Die Beweislast in Zivilsachen – Funktionen und Verteilungsregeln, JuS 2003, S. 1007-1013.

Schübel-Pfister, Die Technik der Aktenbearbeitung am Verwaltungsgericht – Ein Leitfaden für Rechtsreferendare und angehende Verwaltungsrichter, JuS 2005, 330-335.

Schwerdtfeger, Gunther/Schwerdtfeger, Angela, Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung. Grundfallsystematik, Methodik, Fehlerquellen, 14. Aufl., München 2012.

Schuschke, Winfried/Kessen, Martin/Höltje, Björn, Zivilrechtliche Arbeitstechnik im Assessorexamen. Bericht - Votum - Urteil - Aktenvortrag, 35. Aufl., München 2013.

— *Sattelmacher, Paul/Sirp, Wilhelm*, Bericht, Gutachten und Urteil, 34. Aufl., München 2008.

Seegmüller, Robert, Ermessensausübung und -prüfung im Zweiten Juristischen Staatsexamen, JA 2011, 780-782.

Simon, Herbert A., A Behavioral Model of Rational Choice, Quarterly Journal of Economics, Vol. 69, No. 1. (1955), 99-118.

Staudinger BGB, Eckpfeiler des Zivilrechts 2014/2015, Berlin 2014 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Staudinger/Eckpfeiler 2014/2015, Seitenzahl, Kapitel, Randnummer).

Struck, Gerhard, Topische Jurisprudenz. Argument und Gemeinplatz in der juristischen Arbeit, Frankfurt am Main 1971.

Susskind, Richard, The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services, Oxford 2010.

T

Taleb, Nassim Nicholas, The Black Swan. The Impact of the Highly Improbable, 2nd Ed., London 2010.

Teichmann, Christoph, Vertragsgestaltung durch den Rechtsanwalt. Grundzüge einer Methodik der zivilrechtlichen Fallbearbeitung, Jus 2001, 870-874 (1. Teil), Jus 2001, 973-980 (2. Teil), Jus 2001, 1078-1083 (3. Teil), Jus 2002, 40-44 (4. Teil).

U

Ulrici, Bernhard/Purmann, Anja, Einwendungen und Einreden, JuS 2011, 104-107.

V

Voßkuhle, Andreas, Grundwissen – Öffentliches Recht: Entscheidungsspielräume der Verwaltung (Ermessen, Beurteilungsspielraum, planerische Gestaltungsfreiheit), JuS 2008, 117-119.

W

Wallisch, Jochen/Spinner, Günter, Die Tenorierung zivilgerichtlicher Entscheidungen - Eine Übung für Rechtsreferendare, JuS 2006, 799-804.

Walter, Tonio, Kleine Rhetorikschule für Juristen, München 2009.

— Kleine Stilkunde für Juristen, München 2002.

Wieduwilt, Henrik, Die Sprache des Gutachtens, JuS 2010, 288-292.

Williams, Jim/Hildebrandt, Gesine, Schrift wirkt! Einfache Tipps für den täglichen Umgang mit Schrift, Mainz 2013.

Wimmer, Andreas, Klausurtipps für das Assessorexamen.
Wegweiser zu einer optimalen Klausurtechnik, 4. Aufl., München 2009.

X

—

Y

—

Z

Zantwijk, Temilo van, Das Enthymem: Fragmentarische Ordnung und fragmentarische Wahrscheinlichkeit, Rechtstheorie Band 42 (2011), 437-453.

Zippelius, Reinhold, Juristische Methodenlehre, 10. Aufl., München 2006.

Inhaltsverzeichnis

Einleitung - 1

Erster Schritt: Über Reflexion reflektieren - 7

 Momente reflexiver Einsicht - 9

 Warum nicht? - 15

 Kurz-Schluss - 20

 Die Fakten - 21

 Die Interpretation - 27

 Gewohnheit und Wohlbefinden - 28

 Ihre Zeit - 33

 Allein Ihre Sache? - 42

 Potenziale - 43

 Endogene und autonome Modulation - 44

 Sich selbst und seine Tätigkeit besser verstehen - 46

 Ein eigenes Qualitätsempfinden ausbilden - 49

 Sich selbst und andere besser verstehen - 54

 Freude am Lernen - 58

 Prozesse in Endlosschleifen - 59

 Lernen für den Transfer - 68

 Mentale Simulation - 76

 Nicht »Ob?«, sondern »Wie?« - 79

Zweiter Schritt: Über praktische Rechtsanwendung nachdenken - 85

 Vom Allgemeinen zum Besonderen - 87

 Das Recht: Werkzeug und Institution - 96

 Reale Zuständen und praktische Auswirkungen - 100

Dritter Schritt: Praktische Rechtsanwendung als subjektive Erfahrung begreifen - 105

 Verfahren oder Erfahrung? - 107

 Wie wir die Rechtsanwendung kennenlernen - 108

 Reflexionen über ein objektives Verfahren - 113

 Von der Lösung zum Problem - 116

 Denkweisen und Ausdrucksformen - 120

Kenntnisse und Fertigkeiten - 124
Gleichzeitigkeit - 126
Von außen und von innen - 128
Die Geschichte einer Rechtsanwendung: Der Dialog mit der Situation - 132
Was Rechtsanwender tun - 143
Die Elementaren Rahmenbedingungen des Geschehens der praktischen Rechtsanwendung - 151
Die Konfrontation mit Vielfältigkeit, Komplexität und Vieldeutigkeit - 153
Begrifflicher Hintergrund - 153
Vielfältigkeit, Komplexität und Vieldeutigkeit der praktischen Rechtsanwendung - 163
Unsicherheit und Ungewissheit - 165
Mit Vielfältigkeit, Komplexität und Vieldeutigkeit umgehen - 166
Exkurs: (Technologische) Steigerungsdynamik - 168
Die Herrschaft der Zeit über die Rechtsanwendung - 173
Zeitliche Grenzen der Rechtsanwendung und ihre Auswirkungen - 174
Das Primat der Fristsachen - 186
Von der Reflexion über die Zeit und die Rechtsanwendung hin zum qualitativem Zeitmanagement - 191
Menschlichkeit - 195
Macht, Verantwortung und konkrete Humanität - 196
Rechtsanwendung als zwischenmenschliche Kommunikation - 208
Alle machen Fehler - 214
Die Menschlichkeit als das Besondere - 223
Exkurs: Praktische Rechtsanwendung in der juristischen Ausbildung? - 227
Trivialitäten? - 231
 Vierter Schritt: Sich eine reflexive Praxis aneignen - 233
Ihre reflexive Praxis und mein Vorschlag - 235
Leitideen - 236
Integrativ denken - 236
Opportunistisches Denken und Handeln - 237
Die pragmatische Methode - 238
Idealismus wahren - 241
Pluralismus berücksichtigen - 242
Ehrlichkeit sich selbst gegenüber - 244

Die Geste der Reflexion - 245

Möglichkeiten - 250

Eine systematische reflexive Praxis für Juristen - 254

Erfahrungen zusammenfassen und eine eigene Theorie praktischer Rechtsanwendung artikulieren - 255

Die eigene Theorie fortentwickeln - 262

Denkweisen der reflexiven Praxis - 268

Die Liste als Mittler der systematischen reflexiven Praxis - 270

Allgemeine strukturelle Merkmale einer Liste - 275

Besondere Strukturmerkmale einer Liste - 277

Die Strukturmerkmale einer Liste als Medium der Reflexion über die praktischen Rechtsanwendung - 281

Der Inhalt der Liste - 290

Zuerst schreiben - 296

Fragen stellen und Inhalte suchen - 299

Inhalte anordnen, anpassen und verwerfen - 307

Genese - 316

Praktische Hinweise - 320

Denken in Variation und Relationen - 322

Fünfter Schritt: Weiterdenken - 325

Über die Liste hinaus - 327

Eine Struktur der praktischen Rechtsanwendung - 328

Eine eigene Vorstellung von guter Rechtsanwendung - 335

Exkurs: Juristische (Aus-) Bildungskultur - 341

Rechtsanwendung ist Sinngebung und Sinnvermittlung - 346

Sinn geben - 360

Sinn vermitteln - 373

Zwischen Sinngebung und Sinnvermittlung - 381

Darauf kommt es an: Urteilkraft - 386

Emergenz - 387

Wissen und Erfahrung - 389

Intuition - 391

Mentale Simulationen - 392

Analogien, Metaphern und Parabeln - 393

Extensive Aufmerksamkeit - 395

Adaptives Auffassungsvermögen - 398
Urteilkraft und Reflexion -401

Abschluss und Auftakt - 405

Appendix - 409

Meine Liste - 410

Inhaltsübersicht der Liste - 417

Meine Vollständige Liste - 418

Bibliografie - 593

Literaturverzeichnis des Fließtextes - 594

Literaturverzeichnis zur Liste -612

Nachwort

Ich danke insbesondere meiner Frau und meinem Vater. Nachsichtiges Verständnis, ernstgemeinte Ratschläge und guter Zuspruch waren so wichtig für mich. Ich danke ferner Frau Prof. Dauner-Lieb, denn ohne die Offenheit, Bereitschaft und Unternehmungslust, mit der sie mir und meinem Vorhaben begegnet ist, gäbe es keine reflexive Praxis.

Ich danke auch Pauline Riecke und Viktoria Kempf, die mir dabei geholfen haben, das Chaos in Zaum zu halten.

Freiraum für eigene Notizen

Referent: Frau Professor Barbara Dauner-Lieb

Korreferent: Herr Professor Thomas Weigend

Tag der mündlichen Prüfung: 30. November 2017

Ass. iur. Jens Friedrich Prömse, LL. M. (UCL London)

Adresse	Krefelder Str. 40 50670 Köln
E-Mail	jens.proemse@uni-koeln.de

Beschäftigung

Seit Jan. 2016	Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Kompetenzzentrum für juristisches Lernen und Lehren an der Uni- versität zu Köln
----------------	---

Mai 2014 – Dez. 2015	Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht (Prof.Dauner-Lieb) an der Univ- ersität zu Köln
----------------------	---

Referendariat

Jan. 2014	Zweite juristische Staatsprüfung <ul style="list-style-type: none">• Gesamtnote: <i>11,57 – Gut</i>
-----------	---

Dez. 2011 – Nov. 2013	Referendariat im OLG-Bezirk Köln
-----------------------	----------------------------------

Studium

Sept. 2010 – Sept. 2011

Master of Laws (LLM), University
College London (UCL)

- Specialisation: Jurisprudence
and Legal Theory
- Classification:
Merit

Jan. 2010

Erste juristische Staatsprüfung

- Gesamtnote:
9,04 - Vollbefriedigend

2004 – 2008

Studium der Rechtswissenschaften
an der Universität zu Köln

Relevante Arbeitserfahrung

2010

Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei
CMS Hasche Sigle in Köln im
Bereich Arbeitsrecht

2006

Studentische Hilfskraft am Institut
für deutsches und europäisches
Arbeits- und Sozialrecht an der
Universität zu Köln (Prof. Ulrich
Preis)